

**TEORÍA DEL ARBITRAJE Y LOS FUNDAMENTOS DE SU
CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DEL CONTROL CONSTITUCIONAL**

Volumen 72 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Teoría del arbitraje y
los fundamentos de su
constitucionalización y del
control constitucional**

Eder Juárez Jurado

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TEORÍA DEL ARBITRAJE Y LOS FUNDAMENTOS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

© EDER JUÁREZ JURADO
juarezeder@hotmail.com

© 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

© 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.consensos.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

© ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, agosto 2019
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, 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 2019-11672

ISBN: 978-612-4400-20-9
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	17
Introducción	19
CAPÍTULO I	23
El arbitraje:	
entre la libertad y la justicia privada	23
1. Noción preliminar de arbitraje	23
2. Datos históricos sobre los orígenes del arbitraje	28
3. Fundamentos del arbitraje	35
3.1. Fundamento <i>ius</i> -sociológico del arbitraje	35
3.1.1. Sociedad, conflicto y mecanismos de solución	35
3.1.2. La autotutela, autodefensa o defensa privada	36
3.1.3. La autocomposición	38
3.1.4. La heterocomposición: Arbitraje y Jurisdicción	39
3.2. Fundamento <i>ius</i> -filosófico del arbitraje	43
3.2.1. La libertad como causa-fuente del arbitraje	44
3.2.2. La justicia como causa-fin del arbitraje	55
3.3. Fundamento <i>ius</i> -formal del arbitraje	60
3.3.1. La autonomía del arbitraje y la no injerencia de los órganos jurisdiccionales como principio rector del arbitraje	60
3.3.2. La situación jurídica controvertida disponible como objeto del arbitraje	71
3.3.3. El convenio arbitral como manifestación jurídica de la causa-fuente del arbitraje	83

a)	Delimitación conceptual y alcances del convenio arbitral	83
b)	Naturaleza jurídica del convenio arbitral	85
c)	Principio de autosuficiencia del convenio arbitral	88
d)	Principio de separabilidad del convenio arbitral	90
e)	Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias	102
3.3.4	La independencia e imparcialidad de los árbitros como garantía de una debida justicia arbitral	113
3.3.5	El proceso arbitral como el instrumento jurídico de realización del arbitraje	121
3.3.6	Principios técnicos y específicos del arbitraje	125
a)	Principio <i>kompetenz-kompetenz</i>	125
b)	Principio del <i>favor arbitri</i> o <i>favor arbitralis</i>	129
c)	Principio de confidencialidad	139
d)	Principio de flexibilidad o de libertad en el diseño del procedimiento arbitral	153
e)	Principio de temporalidad	155
3.3.7.	El laudo arbitral como plasmación de la justicia arbitral	160
3.3.8.	La ejecutabilidad y ejecución del laudo como garantías de la efectividad de la justicia arbitral	168
4.	Naturaleza jurídica del arbitraje: teorías y posición nuestra	176
4.1.	Teoría privatista o contractualista	177
4.2.	Teoría publicista o jurisdiccionalista	181
4.3.	Teoría mixta o ecléctica	185
4.4.	Teoría negocial-procesal	188
4.5.	Teoría autónoma	191
4.6.	Nuestra posición acerca de la discusión	192
5.	Definición de arbitraje	204
6.	Clases de arbitraje	208

6.1	Arbitraje institucional y arbitraje <i>ad-hoc</i>	208
6.2.	Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia o de equidad	210
6.3.	Arbitraje doméstico y arbitraje internacional	213
6.4.	Arbitraje «voluntario» y arbitraje en la contratación pública o «forzoso»	214
6.5.	Arbitraje comercial, arbitraje de inversión y arbitraje popular	216
7.	Bondades e inconvenientes del arbitraje	219
CAPÍTULO II		225
La jurisdicción:		
entre el <i>ius imperium</i> y la unidad de la justicia pública		225
1.	El poder, soberanía o <i>ius imperium</i> como la esencia del Estado y de la función jurisdiccional	225
1.1.	El principio político de la separación de poderes como la esencia del ejercicio racional del poder del Estado	234
1.2.	El control entre los poderes del Estado: <i>checks and balances</i>	240
1.3.	La unidad del poder estatal	242
2.	La función jurisdiccional: fundamentos	243
2.1.	La función jurisdiccional como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos	243
2.2.	La función jurisdiccional como poder y deber	252
2.3.	La función jurisdiccional como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado	255
3.	Definición de función jurisdiccional	258
4.	Elementos y poderes de la función jurisdiccional	261
5.	Principios y derechos de la función jurisdiccional	263
5.1.	La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional como principio rector del diseño constitucional de justicia pública	266

a) El principio de exclusividad de la función jurisdiccional	266
b) El principio de unidad de la función jurisdiccional	271
5.2. La independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales como garantía de los justiciables y de los propios jueces	277
a) La independencia de los órganos jurisdiccionales	277
b) El principio de imparcialidad en la función jurisdiccional	280
5.3. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y/o debido proceso como derechos fundamentales	281
a) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	285
b) El derecho al debido proceso	292
6. El arbitraje frente a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso	311
7. El nuevo diseño constitucional de justicia como tarea de reforma constitucional	323
CAPÍTULO III	337
Jurisdicción y arbitraje:	
la intervención de la jurisdicción en el arbitraje	
y el control jurisdiccional del arbitraje	337
1. Necesidad de la intervención de la jurisdicción en el arbitraje	337
2. Formas de intervención de la jurisdicción en el arbitraje	340
2.1. Intervención colaboradora, subsidiaria o asistencial	340
2.2. Intervención complementaria	345
2.2.1. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de tutela cautelar y tutela de urgencia	348
2.2.2. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de ejecución cautelar	356

2.2.3. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de ejecución del laudo arbitral	360
2.2.4. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de reconocimiento y ejecución judicial del laudo dictado en el extranjero	365
2.3. Intervención contralora (control jurisdiccional del arbitraje)	370
3. Fundamentos del control jurisdiccional del arbitraje	373
4. Formas del control jurisdiccional del arbitraje: control de legalidad y control de constitucionalidad	377
5. Límites del control jurisdiccional del arbitraje	391

CAPÍTULO IV 407

Estado constitucional y arbitraje (1): la constitucionalización del arbitraje 407

1. Formación del Estado constitucional: del Estado legal de derecho al Estado constitucional	407
2. Características del Estado constitucional	416
2.1. Separación y control de poderes	417
2.2. Carácter normativo y vinculante de la Constitución y su supremacía sobre la ley y sobre todo el ordenamiento jurídico	418
2.3. Fuerza normativa de la Constitución y su obediencia por la totalidad de los poderes públicos y de los particulares	421
2.4. Rigidez constitucional	422
2.5. Control de constitucionalidad de las leyes y de todo el ordenamiento jurídico	423
2.6. Establecimiento de una jurisdicción constitucional	424
3. La constitucionalización de los derechos en el Estado constitucional	427
4. La constitucionalización del arbitraje	439
4.1. La constitucionalización del arbitraje en la historia constitucional del Perú	441

4.2.	El arbitraje en los diarios de debates de las constituciones de 1979 y 1993	449
4.2.1.	Debate de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978	450
4.2.2.	Debate del Pleno de la Asamblea Constituyente de 1978	455
4.2.3.	Debate de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático de 1992	455
4.2.4.	Debate del Pleno del Congreso Constituyente Democrático de 1992	459
4.3.	La constitucionalización del arbitraje en la Constitución de 1993: Análisis y crítica	462
4.4.	Propuestas para una debida constitucionalización del arbitraje en el Perú	464
4.4.1.	Constitucionalización de la dimensión «libertad» del arbitraje	464
4.4.2.	Constitucionalización de la dimensión «justicia» del arbitraje	467
4.4.3.	Constitucionalización de la dimensión «proceso» del arbitraje	480
	CAPÍTULO V	485
	Estado constitucional y arbitraje (2):	
	el control constitucional del arbitraje	485
1.	El control de constitucionalidad en el Estado constitucional	485
1.1.	Sistemas de control constitucional:	488
1.1.1.	El sistema de control político	489
1.1.2.	El sistema de control jurisdiccional	490
	a) El sistema de control difuso (modelo americano)	490
	b) El sistema de control concentrado (modelo europeo)	494

1.2.	El control constitucional de las leyes y de los actos públicos y privados	496
2.	<i>Addenda</i> : el control de constitucionalidad de las leyes en el Perú: Sistema dual, paralelo, complejo e imperfecto	502
2.1.	Delimitación del problema	502
2.2.	Propuestas para la unificación de nuestro sistema de control de constitucionalidad	510
3.	El control constitucional del arbitraje en el Estado constitucional	517
3.1.	Delimitación conceptual, fundamentos y mecanismos del control constitucional del arbitraje	517
3.2.	Límites del control constitucional del arbitraje	529
4.	El control constitucional del arbitraje en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: comentarios	535
4.1.	La jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes del caso Cantuarias Salaverry (1999-2006). Sentencias que reconocen la procedencia del amparo arbitral	537
	a) Caso Pesquera Rodga (STC n.º 00189-1999-AA/TC de fecha 26 de octubre de 1999)	537
	b) Caso Compañía de Radiodifusión Arequipa (STC n.º 3261-2005-PA/TC de fecha 8 de julio de 2005)	540
4.2.	La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el Caso Cantuarias Salaverry (2006). Primer precedente vinculante que reconoce al arbitraje como jurisdicción de excepción y sobre esa base establece primeras reglas para la procedencia del amparo arbitral	542
4.3.	La jurisprudencia del Tribunal Constitucional posterior al caso Cantuarias Salaverry (2006-2008). Sentencias que establecen más reglas que buscan poner en orden la delimitación de la procedencia del amparo arbitral	562
	a) Caso Corporación Meier (STC n.º 4972-2006-PA/TC de fecha 4 de agosto de 2006)	562

b) Caso Proime (STC n.º 4195-2006-AA/TC de fecha 16 de noviembre de 2007)	564
c) Caso Proime (STC n.º 5771-2007-PA/TC de fecha 6 de noviembre de 2008)	567
d) Caso Exploraciones Algamarca (STC n.º 1567-2006-PA/TC de fecha 30 de abril de 2006)	569
4.4. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional previo al precedente vinculante del Caso Minera María Julia (2007-2011). Sentencias que constituyen retroceso en materia de amparo arbitral	571
a) Caso Codisa (STC n.º 05311-2007-PA/TC de fecha 5 de octubre de 2009)	573
b) Caso IVESUR (STC N° 02871-2010-PA/TC de fecha 15 de marzo del 2011)	576
4.5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el caso Minera María Julia (2011). Segundo precedente vinculante que pone orden la jurisprudencia del Tribunal en materia de control constitucional del arbitraje y su reajuste al Código Procesal Constitucional y la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071)	581
4.6. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el caso Elgo Ríos (2013). Tercer precedente vinculante que complementa el control constitucional del arbitraje	599
Bibliografía	607

*A mis amados padres: Leopoldo y Dionicia.
A ellos también les pertenece la autoría
de toda obra buena mía.
A ellos les debo todo.*

*A mis amores Mary (amochita), Marita y Pamela.
Ellas son las hermosas tinturas que
matizan de felicidad mi vida.*

NOTA DEL EDITOR

El volumen 72 de la *Biblioteca de Arbitraje* se titula *Teoría del arbitraje y los fundamentos de su constitucionalización y del control constitucional*, y ha sido escrito por el doctor Eder Juárez Jurado, juez superior de la Corte de Justicia de Lima.

El doctor Juárez Jurado, aparte de ser un reconocido magistrado, acredita con esta obra sus altas cualidades académicas, pues el libro que hoy presentamos constituye el más completo estudio que se haya elaborado en el Perú acerca del fundamento y demás aspectos constitucionales del arbitraje.

Se trata de una obra absolutamente minuciosa en la que el autor discurre por todos estos temas, abordando las disquisiciones sobre el arbitraje existentes entre la libertad y la justicia privada; la jurisdicción: entre el *ius imperium* y la unidad de la justicia pública; jurisdicción y arbitraje: la intervención de la jurisdicción en el arbitraje y el control jurisdiccional del arbitraje; estado constitucional y arbitraje, tanto referido a la constitucionalización del arbitraje como al control constitucional del arbitraje.

No constituye objeto de esta nota del editor ahondar en el comentario de cada uno de estos temas, pues ello escaparía a mi especialidad; sin embargo, sí es propósito de estas palabras el relevar la erudición con la que el autor ingresa a cada uno de ellos, no sólo con el mayor espíritu crítico, sino con una gran versación de manejo bibliográfico y jurisprudencial.

Todas las materias sobre las que versa el presente libro han merecido múltiples opiniones a lo largo del desarrollo del arbitraje en el Perú y, sin duda, la obra del doctor Juárez Jurado constituye un elemento importantísimo para el enriquecimiento de este intercambio de ideas.

En adición a lo expuesto debo decir que la *Biblioteca de Arbitraje* se siente muy honrada de publicar —por primera vez— una obra escrita por un juez de nuestro país con las características de excelencia que los lectores comprobarán al leerla.

Lima, agosto del 2019
Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; 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. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

INTRODUCCIÓN

Razón tenía el gran enciclopedista francés, Bruno Oppetit, cuando también, al dedicar su mirada al arbitraje, afirmaba allá a fines del siglo xx, que:

El arbitraje fascina por la impresión que puede dar de escapar en gran parte a la influencia de las sociedades organizadas; por la ambigüedad, factor de libertad que le confiere su débil anclaje espacial; por la influencia que ejerce en el juego de los intereses y en la solución de los conflictos; por su indeterminación a la luz del derecho, que lo convierte en un fenómeno cuya existencia precede su esencia, crea en el hombre el sentimiento; o, por lo menos, la ilusión, de que en sus manos, puede constituir un instrumento al servicio de su voluntad de poder y un medio de sustraerse de la norma común.¹

Esta fascinación perdura, dado que el arbitraje no deja de ser una institución compleja por donde se le aprecie, cuando se le pretende teorizar; y, en la *práxis*, el arbitraje ha devenido en un mecanismo necesario e imprescindible en la justa, célere y eficaz composición de controversias; no sólo en asuntos de naturaleza comercial o de inversión, sino, en general, de conflictos de derechos de libre disposición como alternativa a la composición oficial de litigios que ejerce el Estado, a través —sobre todo— del Poder Judicial, caracterizado éste último contrariamente por su lentitud, ineficiencia y otros males endémicos que la sociedad le reprocha, muchas veces con sobradas razones.

¹ OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2006, p. 17.

Sin embargo, el estudio del arbitraje hechiza no sólo por las bondades que en él encontramos, sino también por las interminables discusiones que viene generando, tanto en la doctrina comparada como en el derecho patrio; como, por ejemplo, respecto de la determinación de su naturaleza jurídica, a la cual no puede sino arribarse a partir del oteo de sus propios fundamentos, descendiendo más allá de la dimensión estrictamente jurídica, hasta ir a sus cimientos ontológicos y filosóficos; y es esa tarea que nos permite «redescubrir» y revalorar que el arbitraje es una institución consustancial a la naturaleza propia del hombre; es decir, producto de la naturaleza racional y libre del hombre.

El arbitraje es fruto de la «libertad», y este bienpreciado lo tienen sólo los seres que están dotados de «razón»; y, por ende, el arbitraje es consustancial al *ser humano*, nace con él desde los albores de su evolución en sociedad; nace —aunque parezca exagerado decirlo— como una necesidad racional de supervivencia de la raza humana, pues de no ser por el arbitraje —como lo explicaremos en su oportunidad—, el ser humano, de haber contado únicamente con la autodefensa y la autocomposición como mecanismos de solución de conflictos, probablemente, hubiera desaparecido de la faz de la Tierra.

Es así que, como ser racional o pensante que es, el hombre encuentra (o lo inventa) en el arbitraje, el mecanismo mucho más racional y eficaz para la composición de sus litigios; y, en su afán de conservar el grupo mismo.

La determinación de la naturaleza del arbitraje, mediante el hurgamiento de sus fundamentos, no constituye en puridad una mera curiosidad académica. Al contrario, es el punto de partida para la determinación de su debido reconocimiento constitucional (constitucionalización), y también comprender mejor el control de su constitucionalidad, a partir de la consideración del principio rector del arbitraje: su autonomía y la no injerencia de los órganos jurisdiccionales; y, en función también a la finalidad que el constitucionalismo contemporá-

neo tiene asignado, no sólo a los llamados «procesos constitucionales de la libertad», sino también a los propios «procesos ordinarios».

Particularmente, respecto al control constitucional del arbitraje, el redimensionamiento del proceso ordinario, su ascenso por el legislador y por el Tribunal Constitucional, como instrumento de tutela directa de los derechos fundamentales en el arbitraje, conlleva también a reformular la teoría de este control, a partir de su identificación, como un control de naturaleza jurisdiccional, abandonándose la clásica distinción entre «control judicial y control constitucional del arbitraje».

De este modo, veremos que el control constitucional del arbitraje no resulta ser exclusivo de los procesos constitucionales de la libertad (particularmente, del amparo), sino también del «recurso de anulación de laudo», que forma parte de la jurisdicción ordinaria a cargo del Poder Judicial; y en tanto se erige como una vía específica, igualmente satisfactoria para tales propósitos.

Esperamos que toda esta teorización necesaria del arbitraje, de su constitucionalización y del control constitucional en el Estado constitucional contribuya a efectuar un mejor análisis de cualquier pronunciamiento que, en el estadio actual de las cosas, emitan los órganos jurisdiccionales competentes que efectúan el control constitucional del arbitral (Poder Judicial y arbitraje), a través de los procesos establecidos para tales efectos: «proceso de amparo» y «recurso de anulación de laudo». Siendo éste el propósito del presente trabajo.

CAPÍTULO I

EL ARBITRAJE:

ENTRE LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA PRIVADA

1. NOCIÓN PRELIMINAR DE ARBITRAJE

La justicia es un valor jurídico y uno de los presupuestos imprescindibles para el logro del «bienestar general» al que toda sociedad aspira y que el Estado social y democrático de derecho tiene el deber de brindar las condiciones necesarias para alcanzarla, a partir de la consideración de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución).²

La Constitución vigente así lo establece, al disponer en el artículo 44, que:

Son deberes primordiales del Estado: Defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y

² Para Raúl Ferrero: «La causal final del Estado es el bien común, o sea el bien de la comunidad. Así lo definió Aristóteles y ha quedado como una verdad firme, de modo universal. El orden jurídico es un elemento fundamental del bien común, pero no es el fin del Estado, sino un producto social que se inspira en el bien común [...]. El bien común consiste en un conjunto de condiciones sociales que favorecen la existencia y el desarrollo del hombre. Es el medio social propicio para que la persona se realice. No es una masa de bienes por repartir, sino un orden justo, más allá del cual existe para el individuo un fin último. La consecución del bien particular es favorecida o franqueada por la existencia de un orden que brinda seguridad y justicia, a través de los servicios públicos». Ver en: FERRERO, Raúl. *Ciencia política*. Lima: Editorial Gráfica Dlino's, 1984, 7.^a edición (póstuma), pp. 167-168.

promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia³ y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación [...].

Asimismo, el artículo 25, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 proclama que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Como bien señala Baldo Kresalja Roselló, constituye deber del Estado,

[...] que se pone de manifiesto, tal como lo señala el artículo 3 de la Constitución italiana de 1947, en remover los obstáculos de orden económico y social que limitan el hecho de la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidiendo el pleno desarrollo de la persona humana, obstáculos socialmente no deseados.⁴

Es en este propósito, entonces, que la Constitución y el ordenamiento procesal correspondiente tienen instituidos una serie de mecanismos y garantías para el logro de dicho fin, encargándole tal tarea casi sobrehumana a los jueces quienes, premunidos de independencia en la función jurisdiccional, imparten justicia con observancia de los principios, valores y normas establecidos en la Constitución que, como norma suprema, define el marco de justicia en el país.

³ El subrayado que aquí y en adelante se haga de una disposición normativa, es siempre nuestro.

⁴ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 38.

En el siglo pasado, nos enseñaba el ilustre Piero Calamandrei, que la función jurisdiccional constituía un mecanismo de resolución de conflictos que el Estado se atribuye históricamente en forma única y exclusiva al margen y por encima de la voluntad de los ciudadanos. Un poder y simultáneamente un deber único y exclusivo del Estado, como expresión de su soberanía, potestad o *imperium* que ejerce sobre los individuos que se hallan dentro de su ámbito territorial; y que, en virtud del cual, frente a una *litis* únicamente al Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, corresponde solucionarla.⁵ Así, la impartición de justicia como función pública es considerada —desde esta concepción— como monopolio exclusivo del Estado, de ahí que casi todas las constituciones de los Estados contemporáneos establezcan la prohibición expresa de establecer jurisdicción paralela e independiente a la que corresponde por derecho al Estado, salvo excepciones que aparecen en dichos textos como «autorizadas» o «permitidas» por el propio poder constituyente.

Nuestra vigente Constitución no ha sido ajena a dicha declaración principista y liberal, al igual que todas las constituciones de nuestra historia republicana, consagra como una de sus normas directrices el «principio de soberanía popular», estableciendo en el artículo 138 que: «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerarquizados con arreglo a la Constitución y a las leyes [...]».

El artículo 139 consagra, a su vez, el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, en virtud del cual: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral [...]».

Asimismo, el artículo 149 dispone que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas,

⁵ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943, tomo I, p. 149.

«pueden» ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

Como bien afirma Marcial Rubio Correa, el hecho de que la potestad de administrar justicia emane del pueblo, quiere mostrar que la actividad que desarrollan los jueces tiene raigambre democrática, como todo el poder que se ejerce dentro del Estado (recordemos que el artículo 45 comienza también estableciendo que: «El poder del Estado emana del pueblo»).

⁶

En este sentido, es en el Estado democrático y social de derecho, en el que la persona humana puede hallar el escenario adecuado para el desarrollo y protección de sus derechos y de su dignidad como ser humano, así como el logro del bienestar general a través de la justicia.

Es por ello que el juez está llamado a cumplir un rol garantista y de tutela de los derechos fundamentales, pues es a través de la efectividad en estos últimos que la persona humana puede conducir su coexistencia hacia una sociedad justa.

Bajo los postulados de esta forma de Estado, y en virtud del principio de soberanía popular, el poder de impartir justicia por parte de los órganos jurisdiccionales emana de la voluntad popular, la cual es plasmada mediante la organización y funcionamiento de un sistema de impartición de justicia a cargo del propio Estado a través de diversos órganos e instituciones que conforman los órganos jurisdiccionales (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Supremo de Justicia Militar).

Empero, como quiera que también resulta materialmente imposible que el Estado pueda asumir jurisdicción sobre todo conflicto in-

⁶ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tomo v, p. 24.

tersubjetivo que se suscite en su territorio, y en rechazo de toda forma de totalitarismo —y dentro de los postulados de la llamada «soberanía popular»—, ese poder único y exclusivo del Estado para resolver conflictos intersubjetivos es, a su vez, de manera excepcional, «autorizado» o «reconocido» a otras instituciones que constituyen mecanismos alternativos de resolución de conflictos y que se encuentran ubicados fuera del sistema oficial de impartición de justicia. Dentro de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos se encuentra, precisamente, el arbitraje.

Así, desde esta visión oficialista, el arbitraje constituye un mecanismo de impartición de justicia optativo, alternativo y complementario a la función jurisdiccional; ambas funciones (la arbitral y la jurisdiccional) constituyen mecanismos en las que, básicamente, son terceras personas (el juez y el árbitro), premunidos de poder o autoridad, quienes tienen la facultad-deber de decidir respecto de los derechos e intereses ajenos a los suyos.

Por ello, la función que cumplen, tanto los jueces como los árbitros es sumamente delicada y requiere de total entereza racional y moral, sano juicio y sana crítica, para, precisamente, «decir el derecho de otros» de dar a uno y a otro lo que por justicia le corresponde.

Sin embargo, en tanto que el poder de los jueces emana de la llamada «soberanía popular»; el poder de los árbitros emana, en cambio, de la voluntad de los propios protagonistas del conflicto, quienes acuerdan o pactan someter el conflicto o futuro conflicto a arbitraje, renunciando las partes al servicio público de justicia que brinda el Estado.

El ejercicio de tal derecho de opción por la justicia arbitral resulta ser consustancial a la propia naturaleza de la persona (es decir, la de un ser racional y libre), sometiendo libremente el conflicto (de libre disposición) y la decisión correspondiente a terceras personas que, sin ser jueces ni formar parte del aparato estatal de administración de justicia,

tienen, sin embargo, la misma función y poder de impartir justicia entre sus requirentes, ya sea a través del derecho (arbitraje de derecho) o ya sea a través de la equidad o su sano juicio (arbitraje de conciencia o de equidad).

Así, a modo de una mejor aproximación a la institución submatéria de estudio, podemos afirmar con el tratadista español José María Roca Martínez, que:

El arbitraje se configura como un medio voluntario de heterocomposición dispositiva de conflictos intersubjetivos, alternativo y condicionalmente excluyente del proceso judicial, que proporciona una decisión definitiva, irrevocable y ejecutiva.⁷

O, en palabras de Faustino Cordón Moreno:

El arbitraje es una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos privados fundada en la voluntad de las partes, que deciden eludir la intervención jurisdiccional y confiar la decisión del conflicto a un tercero, no juez, cuya resolución, que puede ser de derecho o de equidad, aceptan previamente; y su conformidad con la Constitución ha sido resaltado tanto por el Tribunal Constitucional [...] como por el Supremo Tribunal [...].⁸

2. DATOS HISTÓRICOS SOBRE LOS ORÍGENES DEL ARBITRAJE

Existen diversos documentos que dan cuenta de la precedencia histórica del arbitraje sobre la jurisdicción y el Estado. Sin pretender exponer de

⁷ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch Editor, 1992, p. 23.

⁸ CORDÓN MORENO, Faustino. «Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas». *Cuadernos Civitas*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 15.

modo exhaustivo el desarrollo histórico del arbitraje,⁹ resulta, sin embargo, bastante interesante mostrar algunos datos que dan cuenta de lo señalado.

George Muller Stadt nos recuerda que ya las inscripciones babilónicas, como los relatos bíblicos y el sistema romano tenían referencias sobre el arbitraje. Tanto las leyes de *Las Partidas*, en especial, la tercera

⁹ Respecto de los orígenes y desarrollo histórico del arbitraje puede verse a:

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Porrúa, 2004, 1.^a edición.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. México D.F.: Imprenta Universitaria, 1963.
- ZAPPALÁ, Francesco. «Universalismo histórico del arbitraje». Ver versión electrónica en: http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. «Arbitraje nacional e internacional». En *Ponencias generales del II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y XII Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Rosario, 1983.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*. Sevilla, 1981.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando y José María CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Primera parte. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, 3.^a edición.
- ALWIN AZOCAR, Patricio. *El juicio arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1958.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *El arbitraje comercial*. Bogotá: Temis, 1982.
- VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos y Rodrigo Andrés MOSCOSO VALDERRAMA. «Orígenes y panorama actual del arbitraje». Ver versión electrónica en: <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf> y <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942284>.
- VARGAS, Fernando. «Naturaleza jurídica del arbitramento civil». Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964.
- MONTOYA ALBERTI, Ulises. «Historia del arbitraje». Ver versión electrónica en: <http://www.teleley.com/revistaperuana/1ulises-56.pdf>.
- CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del arbitraje». En *Arbitraje. Arbitraje y debido proceso*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2006, vol. II. Ver versión electrónica en: http://www.castillo-freyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen_del_arbitraje.pdf.

que decía: «Contiendas tienen entre sí los hombres algunas veces y las ponen en manos de avenidores y la carta de avenencia llámanla compromiso».¹⁰

En la Biblia se encuentra también un pasaje que da cuenta de que los hebreos, según el texto de Génesis, debían interceder ante la crisis suscitada entre Jacob y Labán. A este respecto, Mario Castillo Freyre, citando a Tomás Ogáyar (OGÁYAR, Tomás. «El contrato de compromiso y la institución arbitral». *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 38) refiere que «el pasaje del Libro Génesis (capítulo xxxi, n.ºs 35-37) en el que, refiriéndose a una disputa entre Jacob y Labán por imputar éste a aquél el hurto de unos ídolos de su propiedad, propuso Jacob, para justificar su inocencia, que “pusiera su equipaje a la vista de mis hermanos y de los tuyos, y sean ellos jueces entre nosotros dos”».¹¹ En el Libro de Génesis se lee la propuesta hecha por Jacob a Labán: «Somete tus denuncias al juicio de tus hermanos, para que decidan entre tú y yo».

El profesor Francesco Zappalá da cuenta de cómo en la mitología griega, y posteriormente, la latina, se atribuye al juicio de Paris la primerísima representación célebre y distinguida de forma de arbitraje en la asignación de la manzana de oro a la diosa más bella del Olimpo entre Hera, Atenea y Afrodita.

Ocurre que durante el matrimonio de Peleo y Tetis, futuros padres de Aquiles, Herís, la diosa de la discordia, ofendida por no haber sido invitada, arrojó en la mesa del banquete una manzana de oro con la inscripción «para la más bella». Tres diosas pretendieron hacerse de ella: Hera, Atenea y Afrodita. Zeus, el dios de dioses, estableció que la decisión de la más bella debía ser competencia del hombre más bello, es decir, Paris, el príncipe

¹⁰ MULLER STADT, George. *Historia del derecho internacional público*. Traducción del alemán por Francisco F. Jardón Santa Eulalia. Madrid: Editora Aguilar, 1961, p. 22.

¹¹ CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del arbitraje». Ver versión electrónica en: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen_del_arbitraje.pdf.

de Troya. Paris favoreció a Afrodita quien, por su parte, le había ofrecido a la mujer más bella: Helena, lo cual desencadenó la ira de las otras dos diosas. La diosa del amor ayudó a Paris a conquistar y a arrebatar a Helena del lado de su esposo Menelao, rey de Esparta. Lo que desató la guerra de Troya.¹² Concluye Zappalá, respecto a esta cita, que:

Es evidente que Zeus, no obstante, su infalibilidad y su legitimación para juzgar, se abstuvo de pronunciar el veredicto sobre quién fuese la diosa más bella, encargando de ello a Paris, en cuanto experto en términos de belleza; y, seguramente, para evitar la cólera y represalia de las dos diosas frustradas por la designación de la tercera.¹³

También, en la Grecia Antigua, se lee una precisa recomendación que el estagirita Aristóteles efectúa en su libro *Retórica acerca del arbitraje*, al considerar que:

Es propio de los hombres razonables recurrir a un árbitro, antes de a un juez, porque el primero no atiende sino a la justicia, mientras el juez mira solamente la ley; el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad.¹⁴

Así como también, Platón comentaba que,

[...] los primeros jueces sean aquéllos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de «árbitros» conviene mejor que el de «jueces»; que los más sagrados de los tribunales sean aquéllos que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento.¹⁵

¹² ZAPPALÁ, Francesco. «Universalismo histórico del arbitraje». Ver versión electrónica en: http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html.

¹³ ZAPPALÁ, Francesco. *Ob. cit.*

¹⁴ ARISTÓTELES. *La retórica*. L3, l3, l3.

¹⁵ PLATÓN. *Las Leyes*. Edit. Porrúa, México, 1979.

Humberto Briceño Sierra nos recuerda cómo,

[...] en materia internacional con el conflicto relativo a la sucesión del trono de Darío, resuelto por Artabanes en favor de Jerjes, o con la controversia surgida entre Ciro y el rey de Asiria, que Jenofonte sostiene, fuera decidida por un príncipe de la India.¹⁶

Asimismo, el profesor Fernando Vargas nos recuerda que la historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad narra litigios entre mercaderes griegos y fenicios que acudían al arbitraje con la finalidad de solucionar sus conflictos. Demóstenes refiere que, en Atenas, Solón expidió leyes reconociendo el arbitraje entre ciudadanos en las cuales, además, permitirse que los sujetos de un conflicto privado pudiesen escoger el árbitro que desearan, bajo el entendido de haber mutuo acuerdo, se concedía al laudo arbitral un carácter definitivo, sin posibilidad de recurso alguno.¹⁷

En el derecho romano, como afirman Juan Carlos Villalba Cuéllar y Rodrigo Andrés Moscoso Valderrama —citando a Silvia Gaspar Lera (*El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Arazandi Editorial, 1998):

[...] inicialmente era el propio jefe del grupo familiar —*pater familias*— el que trataba de conciliar a las partes; en una fase posterior, esta función se asignó a un árbitro ante el que se planteaban de forma voluntaria las discrepancias o enfrentamientos a través de una ordalía llena de ritos y reglas con un fuerte carácter religioso; finalmente, se reconoció a las partes la libertad de elección del tercero que debía resolver sus controversias [...]. En la Ley de las XII Tablas aparece reglamentado el procedimiento en el cual un magistrado impone pactos entre las partes, de forma que la imposición de una sanción pecuniaria fija sustituye la

¹⁶ BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. México D.F.: Imprenta Universitaria, 1963, p. 20.

¹⁷ VARGAS, Fernando. «Naturaleza jurídica del arbitramento civil». Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, p. 15.

venganza privada y obliga a las partes a someterse a arbitraje, en el cual se fallaría sobre los reclamos formulados. Igualmente, en esta ley se hace mención del *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en el que se establece que en el caso de división de una herencia, se designará un árbitro, considerado por algunos autores la primera forma de arbitraje legal conocida en la historia. Con posterioridad fue creado en Roma un sistema oficial de solución de controversias inspirado en el procedimiento arbitral, a pesar de lo cual la figura del arbitraje no fue eliminada [...].¹⁸

En la Edad Media, nos lo recuerdan los citados autores citando, a su vez, a Julio Benetti Salgar («El arbitraje en el derecho colombiano». Bogotá: Temis, 2001, 2.^a edición, p. 9) que «el arbitraje fue la forma de resolución de controversias más utilizada. Esto, debido al auge del comercio y a la existencia de las asociaciones gremiales, a las cuales acudían los comerciantes para resolver sus conflictos».

Según Feldstein, «la burguesía encontró en el arbitraje el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. La justicia del monarca, llena de laberintos procesales, lenta y pesada, fue dejada de lado por los nuevos mercaderes».¹⁹

En suma, todos estos datos históricos nos hacen cavilar que el arbitraje aparece, en realidad, como un mecanismo natural de solución de conflictos, muy anterior al derecho y al propio Estado, surgido como una respuesta racional del hombre frente al conflicto que, de no ser resuelta por este medio de solución, seguramente peligraba hasta la existencia misma de la raza humana.

¹⁸ VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos y Rodrigo Andrés MOSCOSO VALDERRAMA. «Orígenes y panorama actual del arbitraje». Ver versión electrónica en: <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf> y <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942284>.

¹⁹ VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos y Rodrigo Andrés MOSCOSO VALDERRAMA. *Ob. cit.*

Inclusive, ya aparecido y fortalecido el Estado, y ya monopolizada la función pública de impartición de justicia mediante la imposición de la forma y el instrumento (el procedimiento y el derecho), como muestra de tal carácter natural, el arbitraje ha subsistido y subsiste, deviniendo al lado de la composición jurisdiccional en un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que, en la realidad, ha devenido en uno mucho más efectivo y con muchas más bondades que la justicia pública.

Relacionado con lo afirmado, el profesor Zappalá nos enseña que, incluso, «[a]ctualmente, los Bereberes o Amazigh, habitantes autóctonos del norte de África, aplican el arbitraje como forma de dirimir los conflictos, de acuerdo con una jurisdicción especial ejercida por el sacerdote de la plaza de mercado, cuya competencia, a la potestad de la magistratura del *aedile curule* de la Roma republicana, se concentraba en la resolución de conflictos entre comerciantes, y entre éstos y los extranjeros».²⁰

En suma —como concluye el propio Zappalá— la justicia arbitral surge «como necesidad del hombre en convivencia con sus similares, proporcionando una respuesta apropiada para aquellas comunidades en las cuales la fuerza y la prepotencia eran, hasta ahora, el único instrumento de justicia, que conocía solamente el límite de aquél que la ejercía; se instala con ello un nuevo mecanismo de arreglo de las contiendas que garantiza su solución equitativa. Con la evolución de las costumbres y las prácticas, se convierte en un imperativo comunitario la necesidad de una justicia más humana, en el cual el conflicto sea sometido a la decisión final de una tercera persona con experiencia y habilidad, y ello, de conformidad con las diferentes tradiciones milenarias».²¹

²⁰ ZAPPALÁ, Francesco. «Universalismo histórico del arbitraje». Ver versión electrónica en: http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html.

²¹ ZAPPALÁ, Francesco. *Ob. cit.*

3. FUNDAMENTOS DEL ARBITRAJE

Resulta útil y necesario escrutar sobre los fundamentos del arbitraje, los cuales —para los propósitos del presente trabajo— nos conducirá a un mejor entendimiento del fenómeno de la constitucionalización y del control constitucional del arbitraje en el Estado constitucional. Y tales fundamentos del arbitraje no podemos hallarlos si no hurgando sus dimensiones sociológicas, filosóficas y las estrictamente jurídicas-formales. Veamos.

3.1. *Fundamento ius-sociológico del arbitraje*

Un enfoque sociológico nos brinda siempre una noción que sirve de punto de partida para la delimitación conceptual de cualquier institución del mundo cultural, entre ellos, el derecho y sus manifestaciones (concepto, institución, norma, figura, etc.). Y, la búsqueda del fundamento *ius*-sociológico del arbitraje importa inquirir sus cimientos ontológicos; es decir, de lo que el arbitraje es en la realidad concreta, sin importar el sistema jurídico del que se trate, el espacio-tiempo-histórico ni el tipo de Estado en donde el arbitraje opere.

El enfoque *ius*-sociológico nos va a conducir a la obtención de un concepto base del arbitraje, necesario y útil para proseguir con la delimitación conceptual cabal de la institución.

Tal análisis ontológico no puede sino partirse del objeto mismo del arbitraje; esto es: el *conflicto de intereses*.

3.1.1. *Sociedad, conflicto y mecanismos de solución*

El arbitraje dentro del origen y desarrollo de la sociedad se presenta como uno de los mecanismos naturales adoptados por el hombre para la resolución de conflictos de intereses en su vida de relación intersubjetiva de relevancia jurídica.

El ser humano, desde su aparición sobre la faz de la Tierra, y más aún, reunido ya en grupos, aldeas, tribus, etcétera, es decir, como ser gregario que es, en sus albores ha convivido (y conviva quizás por siempre) en permanente conflicto de intereses o *litis* con sus congéneres, ello debido a los escasos bienes que existen para la satisfacción de sus necesidades;²² conflictos que, para la permanencia en sociedad y la existencia de la raza humana misma, tenían y tienen necesariamente que ser resueltos, para lo cual el hombre ha recurrido a mecanismos de solución del conflicto, siendo éstos, básicamente, la «autotutela», la «autocomposición» y la «heterocomposición».

3.1.2. *La autotutela, autodefensa o defensa privada*

En un primer momento histórico frente al conflicto aparece inicialmente por instinto de supervivencia del ser humano, una primera forma de natural solución de conflictos (aunque no generalmente racional), que es la autodefensa, autotutela o defensa privada; la cual consiste, básicamente, en la «imposición coactiva de una solución por una de las partes litigantes sobre la otra. Este remedio supone el reconocimiento de que el uso de la fuerza de una de las partes —bien del individuo, bien de su grupo, clan, familia, etc.— se puede llegar a la solución del conflicto».²³

Constituye —se ha dicho— una forma egoísta de resolver litigios, pues implica la imposición de la decisión antes que la concertación y, además, la solución proviene de una parte del conflicto (parcialidad); y, por ende, sin la garantía de ser justa.

²² Ver más al respecto a Luis Octavio Vado Grajales en «Medios alternativos de resolución de conflictos». Versión electrónica en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf>.

Ver también al propio Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en: «Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso». México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

²³ MORENO CATENA, Víctor y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, 3.ª edición, p. 37.

La autodefensa surge en las comunidades primitivas (período del salvajismo),²⁴ allí donde aún no existían por encima de los individuos una autoridad superior con poder para decidir e imponer sus decisiones, razón por la que los hombres primitivos, ante la presencia de una *litis*, no tenían sino como único medio de solución el apelar al empleo de su propia fuerza; es decir, al uso de la violencia material, y en tales circunstancias, muchas eran las veces en las que el más fuerte o el más astuto sometía al adversario más débil o cándido.

Mas la permanencia de esta forma de solución de conflictos ponía en peligro la subsistencia del propio grupo humano, por cuanto la «autotutela» representaba siempre a intereses egoístas, y contraria a la naturaleza gregaria del hombre; de ahí que fuera luego sustituido por otro mecanismo. Sin embargo, cierto es que, en la actualidad, existen manifestaciones de autotutela reconocidos y permitidos por el ordenamiento jurídico, aunque premunidos de justificación racional y de manera excepcional, tales como la «defensa posesoria» y la «legítima defensa».²⁵

²⁴ Denominación tomada de Federico Engels en «El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado». Buenos Aires: Claridad, s/f.

²⁵ La Constitución, por ejemplo, reconoce a la legítima defensa como un derecho fundamental en el artículo 2, inciso 20, literal 2, el cual no puede ser confundido con el derecho de defensa, por cuanto la legítima defensa constituye «la respuesta o actuación que puede realizar cualquier ciudadano en caso de ser agredido de manera sorpresiva o irregular» (STC n.º 3802-2004-AA/TC, 25/01/2005, Fundamento jurídico n.º 3. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03802-2004-AA.html>).

El Código Civil establece también en el artículo 920, que: «El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias».

Y, el Código Penal en el artículo 20, tipifica que: «Está exento de responsabilidad penal: [...] 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la

3.1.3. *La autocomposición*

En un segundo momento de la historia de la humanidad, aparece la «autocomposición», cuando los hombres organizados ya en grupos, advierten que el empleo de la violencia no resulta un medio ventajoso para resolver conflictos, puesto que tiende a destruir el grupo conllevando al caos y la anarquía. Es así que, ante las controversias intersubjetivas, los contendientes, antes de recurrir a la violencia privada, buscan componer pacífica y racionalmente sus diferendos mediante mecanismos que hoy en día constituyen la conciliación, la transacción, la mediación y la negociación.

Constituye una forma más civilizada de resolución de conflictos, mediante la cual ambas partes deciden poner fin al litigio planteado, ya sea por mutuo acuerdo o por resignación o sacrificio de una de ellas. Así, la autocomposición difiere de la autotutela en que la decisión no se impone de forma coactiva por la parte más fuerte, sino que —como ha quedado dicho— el conflicto se dirime a través del acuerdo de voluntades o de la resignación de una de ellas.²⁶

Y, si bien en la conciliación y la mediación, ya interviene un tercero ajeno al conflicto por voluntad de las propias partes contendientes, sin embargo, dicho tercero no tiene aún la potestad de imponer su decisión a las partes, sino su función es acercar a ellas la fórmula de solución pacífica y razonada al conflicto, pero la composición definitiva del litigio la realizarán las propias partes, a través del acuerdo, de allí la esencia autocompositiva del conflicto. Como afirma Gimeno Sendra: el tercero (conciliador, mediador) actúa *inter partes*, no *supra partes*.²⁷

agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa [...].

²⁶ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Editorial Civitas, 1981, p. 23.

²⁷ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Editorial Civitas, 1981, p. 24.

Como es de entenderse, la autocomposición conduce a una mejor solución del conflicto, puesto que, finalmente, el arreglo se logra y también la pacificación social a través del concierto de las voluntades de las partes contendientes, que son quienes mejor que nadie, tienen el conocimiento de lo que más les conviene.²⁸

3.1.4. *La heterocomposición: arbitraje y jurisdicción*

Muchas veces, la autocomposición no resultaba efectivo por cuanto cada parte contendiente defendía obsecadamente sus intereses, a pesar de no tener la razón, con lo cual se volvía a recurrir otra vez a la violencia, con lo que, finalmente, peligraba la paz de la aldea o grupo humano; o bien porque no obstante arribar a un acuerdo pacífico o consensuado no existía, sin embargo, la voluntad subsiguiente de cumplirlo.

Es así que el hombre recurre a otro mecanismo de composición consistente en encargar a un tercero para que, en su calidad de sujeto ajeno al conflicto y a las partes contendientes, y por ende, imparcial e independiente, ponga solución definitiva al mismo, dando la razón a una u otra parte, ya sea mediante el derecho o conforme a su leal saber. Este mecanismo denominado «heterocomposición» surge en el denominado período de la barbarie,²⁹ con la aparición de la familia, la *gens* y la tribu (instituciones que ya implican una jerarquización del grupo; y, por ende, se admite la idea de «autoridad»).

En un primer momento, probablemente, tal designación del tercero resolutor *supra* partes, estaba a cargo de las propias partes contendientes y recaía en miembros de la comunidad con especiales cualidades por su leal saber, experiencia, honestidad, prudencia y demás valores necesarios para una justa y razonable solución del conflicto y a cuya decisión se sometían libremente los contendientes. Es así que, con estos

²⁸ MORENO CATENA, Víctor y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, 3.ª edición, p. 38.

²⁹ Prestándonos nuevamente la denominación acuñada por Federico Engels.

elementos, aparece en el desarrollo de la humanidad la «composición arbitral», o, simplemente, «arbitraje» como un mecanismo también natural y heterocompositivo de solución de conflictos.

Así, como afirma Francesco Zappalá —citando a Patricio Alwin Azocar— (*El juicio arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1958, p. 67) y a Marco Gerardo Monroy Cabra (*El arbitraje comercial*. Bogotá: Temis, 1982, p. 9):

En las sociedades primitivas las controversias se decidían mediante la fuerza, prevaleciendo el régimen de la venganza persona. En la evolución histórica, con la introducción del arbitraje se renuncia al derecho de justicia de propia mano, de replicar a la injusticia con más injusticia, irrumpiendo en la remota civilización humana el esquema según el cual las controversias deben someterse a una tercera persona, seleccionada entre los sujetos más importantes de la comunidad, distinguidos por su virtud, honestidad, dignidad y prudencia. Ofendido y agresor recurren entonces al tercero, designado de común acuerdo con la finalidad de regular su disputa. El árbitro o conciliador, aunque no sea rey o jefe de tribu ni ostente ninguna potestad, interviene exclusivamente por voluntad de las partes en conflicto y no puede imponer coercitivamente su fallo, cuya fuerza es alimentada únicamente por el compromiso de los antagonistas; esto por cuanto la pretensión de imponerlo de manera coactiva, sin el acuerdo de los interesados, no podría encontrar asidero para lograr su obediencia y cumplimiento.³⁰

Ya más adelante, cuando esta forma de resolver el conflicto (es decir, el arbitraje) era bastante efectivo, y a fin de asegurar su eficacia, existía un compromiso —primero voluntario y luego, probablemente, impuesto por el *pater familias* o jefe de la tribu— de resolver todo

³⁰ ZAPPALÁ, Francesco. «Universalismo histórico del arbitraje». Ver versión electrónica en: http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html.

conflicto que se suscite en la comunidad mediante dicho mecanismo heterocompositivo.

Pero, ya ingresando a los albores de la civilización (continuando siempre con la clasificación de Federico Engels), allí cuando el Estado como aparato coercitivo ya había nacido, ergo, «asume directamente la función plena de garantizar el derecho mediante órganos propios investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias».³¹

El hombre y la sociedad ingresan al mecanismo de la «composición jurisdiccional» o, simplemente, «jurisdicción», en donde el Estado, por encima de la voluntad de sus miembros, se sustituye en la voluntad del individuo para, por medio de su *imperium*, designar los órganos (juez o tribunal) encargados de componer todo litigio con trascendencia jurídica. Empero, no de cualquier modo; no mediante el simple leal saber del juez, sino mediante el derecho, monopolizando, incluso, dicha potestad de resolver los conflictos en forma única y exclusiva y contando con la fuerza pública necesaria para hacer cumplir lo resuelto (*coertio, executio*); manteniendo, sin embargo, como forma alternativa, la solución de determinados conflictos (los referidos a derechos de libre disposición). Para ello utiliza los demás mecanismos autocompositivos (conciliación o transacción) y heterocompositivos como el arbitraje, permitiendo, incluso, en forma excepcional, situaciones permisivas de autotutela o defensa privada, tales como la legítima defensa y la defensa posesoria.

Así, el arbitraje y la jurisdicción constituyen mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos que tienen aspectos en común. Y es que en ellos es un tercero (el árbitro o el juez) quien, en forma independiente e imparcial, pone solución en forma definitiva a la *litis*, mas difiriendo ambos en su legitimación.

³¹ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*; Buenos Aires: Depalma, 1943, tomo I, p. 149.

El arbitraje tiene su fuente en la voluntad de las partes contendientes de someter el litigio (disponible) a la función arbitral e, incluso, de nombrar de común acuerdo al árbitro o a los miembros del tribunal arbitral. En tanto que en la jurisdicción (o función jurisdiccional) dicho tercero (el juez) es impuesto por el Estado, claro está, sin caer en la arbitrariedad, sino bajo determinadas garantías (principio del juez natural, principio de legalidad, competencia, etc.).

Sin embargo, en ambos casos, ya constituidos válidamente los órganos heterocompositivos, la solución que éste dé al conflicto es impuesta a los contendientes, al margen y hasta en contra de la voluntad de las partes. Ésta es la esencia de los mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos.

En suma, la búsqueda y hallazgo del fundamento *ius*-sociológico del arbitraje nos da una primera noción básica u ontológica de nuestro instituto, pues a través de la misma se arriba al ser mismo del arbitraje, es decir, lo que es en la realidad histórico-social, sin importar el tiempo, el espacio ni las manifestaciones culturales de los pueblos.

En este sentido, el arbitraje fue ayer, es hoy y, probablemente, lo sea también mañana —y quién sabe por siempre, en tanto exista conflicto de intereses— un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos que se origina de modo natural por la necesidad que tiene el hombre —en tanto ser racional— de solucionar los conflictos mediante el rechazo de la fuerza privada y la adopción de decisión proveniente de un tercero (el árbitro o tribunal arbitral) por las mismas partes designadas para tal fin.

Todo ello a fin de preservarse a sí mismos, su grupo y hasta su propia especie. El arbitraje nace de la libre voluntad de los contendientes y su naturaleza racional; no es impuesto por ninguna autoridad. El arbitraje representa a un estadio en la evolución del hombre, en la que, superando la irracional defensa privada (que, sobre todo, obedece a un instinto

de supervivencia), como ser racional o pensante que es, encuentra (o lo inventa) en el arbitraje, el mecanismo mucho más racional y eficaz para la composición de sus diferendos.

El arbitraje es un mecanismo heterocompositivo muy anterior al Estado; obedece a la razón humana para enfrentar los conflictos. A este respecto, el maestro, Fernando Vidal Ramírez, expresa que el arbitraje:

[S]e origina con el sedentarismo de los seres humanos y la toma de conciencia de organizar su vida de relación dentro del grupo y también en la necesidad de confiar en un tercero la solución de sus conflictos. Es así, entonces, que, en aquellas organizaciones sociales primitivas, secularmente anteriores a la formación del Estado y a la creación de sus órganos jurisdiccionales, se confiaba en el anciano, en el sacerdote o en el poderoso, la función de arbitrar los conflictos de intereses y solucionarlos, comprometiéndose los contendientes en aceptar su decisión. Puede afirmarse, por ello, sin hesitación alguna, que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que, en su origen, no constituyó una alternativa, sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal.³²

3.2. *Fundamento ius-filosófico del arbitraje*

A efectos de arribar a la noción íntegra del arbitraje, debemos seguir hurgando en sus fundamentos filosóficos y *ius-filosóficos*, es decir, ver su esencia misma, no sólo su existencia en el tiempo y en el espacio, sino del porqué de su existencia, su *ratio essendi*, su razón fundamental. Veamos.

³² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccional del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2006, n.º 3, p. 54.

3.2.1. *La libertad como causa-fuente del arbitraje*

Como fundamenta Patricio Aylwin Azocar:

Si una persona, por actos de propia voluntad puede renunciar a un derecho suyo o transigir las disputas que sobre él tenga con un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona que le inspire confianza, y si en el hecho los dos litigantes así lo hacen y, en ejercicio de su libertad de contratar acuerdan someter la controversia que les divide el fallo de un individuo cualquiera, por ellos elegido, no hay motivo alguno para que el poder público desconozca la ley de ese contrato.³³

Así —prosiguiendo— cuando dos hombres se encuentran frente a un conflicto de intereses intersubjetivo y renuncian a la violencia (física y compulsiva) como mecanismo de composición, y optan ambos de modo racional, someter el conflicto a un tercero (el árbitro), (ajeno al conflicto y a las partes) para que lo resuelva conforme a la razón y la justicia no hacen sino ceder a dicho tercero cada uno de los contendientes, el «poder» que tienen para la búsqueda y hallazgo de la solución del conflicto que, según el ordenamiento jurídico, sea susceptible de disposición por los contendientes.

Ese «poder» (facultad o potencia de hacer algo) propio de todo ser humano, en tanto ser racional e inteligente, y en tanto fin en sí mismo, ser con dignidad y no un medio, no puede sino basarse en la primera manifestación de la dignidad humana: la «libertad».

³³ Citado por SANGUINO SÁNCHEZ, José María. «Garantía del debido proceso». En *Debido proceso*. Roland Arazi (compilador). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 263.

En palabras del maestro Carlos Fernández Sessarego:

La libertad es la connatural capacidad de decisión de que está dotado el ser humano, lo que lo distingue no sólo de otros seres de la naturaleza, sino también de los robots. Para el filósofo hispano Javier Zubiri, la libertad es «la situación ontológica de quien existe desde el ser», mientras que Jean Paul Sartre, lúcido y agudo, expresa con la máxima claridad que la libertad «no es una cualidad sobrecargada o una propiedad de mi naturaleza; es muy exactamente la tela de mi ser».³⁴

Nos sigue ilustrando el profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que:

La libertad ontológica en que consiste el ser humano, al tener que decidir entre dos o más conductas a proyectar y seguir en la cotidianidad de la vida, debe previamente valorar. Es esta valoración la que, como se ha dicho, lo hace un ser espiritual, capaz de distinguir entre el bien y el mal, la justicia y la injusticia y otras bipolaridades axiológicas. Se trata de un ser espiritual que, al requerir valorar para proyectar su vida, otorga un sentido a su existencia, una razón de ser a su vida, un destino a seguir, una misión a cumplir [...]. El valorar, para preferir alguna de las opciones que le ofrece el mundo exterior y lo posibilitan sus habilidades personales, hace factible que el ser humano ingrese al mundo de la espiritualidad. Sólo un ser capaz de vivenciar valores es un ser espiritual. La calidad de ser libre y espiritual es lo que distingue al hombre de los demás entes del mundo. Aparte, claro está, de su dimensión coexistencial y temporal.³⁵

A nosotros, no nos queda más que agregar que, siendo el «conflicto» consustancial a la existencia del hombre mismo, éste en aras de su propia subsistencia y supervivencia tiene la necesidad de resolverlo, para

³⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho a imaginar el derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*. Lima: Idemsa, 2011, p. 238.

³⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Ob. cit.*, pp. 49-50.

lo cual en su estado de naturaleza recurre a mecanismos generalmente instintivos, como es la autotutela o defensa privada, consistente ésta, básicamente, en el empleo de la violencia; empero —como ya habíamos dicho— este mecanismo tiende a desintegrar el grupo. Es así que, el hombre como ser racional que es, esto es, premunido de «razón», de la capacidad propia que sólo los seres humanos tienen para entender y distinguir entre lo bueno y lo malo, entre lo justo y lo injusto, entre lo conveniente y lo inconveniente, recurre y opta por otros mecanismos de solución de conflictos más racionales, como es el arbitraje.

Así, es la «razón» del hombre la que le otorga «libertad»; esto es, la capacidad o «facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos».³⁶

Como bien afirma Fernández Sessarego:

[E]l ser humano se diferencia de los demás animales mamíferos —por ejemplo, del chimpancé— en que sólo aquél es un ser libre. Los otros mamíferos, que se nos ocurre poseen un elemental grado de racionalidad, carecen de libertad. Por ello, son sus instintos los que, básicamente, se hallan en el sustento de sus actividades, sin poder administrarlos al carecer de libertad.³⁷

Como vemos, el elemento «razón» es fundamental en el entendimiento de la libertad. La razón es el presupuesto ineludible para actuar con y en libertad, y es el fundamento, a su vez, de «toda» actividad humana. Esto es muy importante tener en cuenta, por cuanto es a la misma razón que apelaremos en el camino de seguir hurgando el fundamento primero y último del arbitraje.

³⁶ Definición que se halla en el *Diccionario de la Real Academia*. Barcelona Espasa, 2014, 23.^a edición, edición del tricentenario, p. 1334.

³⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Ob. cit.*, p. 238.

A este respecto, bien afirma Abelardo Torr , que:

[a]l decir que la libertad es un carácter esencial, no debemos olvidar que, además, el ser humano tiene otros caracteres esenciales, pero no hay duda de que racionalidad es el más importante, al punto de pensar que el hombre es libre porque es racional. Para probarlo, recordemos que pensar es ejercer la razón.³⁸

Asimismo, tal como con sabiduría define Immanuel Kant:

[L]a libertad es una determinación de la razón práctica. En ella se arraiga la autonomía y la dignidad del hombre.³⁹

El derecho natural a la libertad encuentra plasmación como derecho fundamental en la Constitución, en los siguientes términos:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho: [...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

- a) Nadie est  obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

El Tribunal Constitucional establece que:

Sobre la base del principio general de la libertad, que el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no est  prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda [...].⁴⁰

³⁸ TORR , Abelardo. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, 14.  edición ampliada y actualizada, p. 44.

³⁹ Citado por Arthur Kaufmann. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 440.

⁴⁰ STC n.  2235-2004-AA/TC, 18/02/2005. Fundamento jurídico n.  8. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.html>.

Y que:

La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales [...].⁴¹

Sin embargo, es claro también para el supremo intérprete de la Constitución (así se ha denominado el tribunal en el artículo 1 de su Reglamento Normativo adoptado por Acuerdo del Pleno del 14 de septiembre de 2004),⁴² que el ejercicio de la libertad personal «no es absoluto e ilimitado; pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley».⁴³

Ahora bien, si la libertad es el fundamento y fuente del arbitraje, y la libertad encuentra, a su vez, sustento en la razón; en su manifestación jurídica; y, particularmente, en relación al derecho privado, la libertad encuentra plasmación en el principio general del derecho denominado como «autonomía de la voluntad».

En este sentido, la «autonomía de la voluntad» puede ser entendido —en palabras de Martín Pinedo Aubián— como «el libre arbitrio que posee todos los individuos que gozan de capacidad para regular sus derechos y contraer obligaciones, a las que las partes se deben someter en base a lo manifestado en el acto de declaración de voluntad, aunque

⁴¹ STC n.º 0019-2005-PI, 21/07/2005. Fundamento jurídico n.º 11. Ver sentencia en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.html>.

⁴² Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional:
«Artículo 1..- Control e interpretación constitucional
El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica».

⁴³ STC n.º 2496-2005-PHC/TC, 17/05/2005. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02496-2005-HC.html>.

vale la pena mencionar que, si bien este principio se aplica, fundamentalmente, en el régimen de contratos, no es el único campo donde se utiliza [...]».⁴⁴

Este mismo autor, siguiendo a León Duguit, reconoce, precisamente, que:

[l]a autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista, la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido.⁴⁵

Los españoles Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, señalan también que la autonomía de la voluntad:

[e]s el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo [...] puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que se es o ha de ser parte. La autonomía privada es la libertad individual.⁴⁶

⁴⁴ PINEDO AUBIAN, Martín. «El principio de la autonomía de la voluntad y la conciliación extrajudicial». Ver en: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/32.pdf>.

⁴⁵ DUGUIT, León. «Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoléon». Traducción de Carlos G. Posada. Madrid, 2.^a edición, p. 69, citado por PINEDO AUBIAN, Martín. *Ob. cit.* Ver en: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/32.pdf>.

⁴⁶ DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, vols. I y II. p. 389. Adicionalmente, precisa que la autonomía privada es libertad individual, y el hecho de reconocer libertad significa permitir, hacer, dar al individuo una esfera de actuación, pero reconocer autonomía es decir algo más: que el individuo no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica. Ver esta precisión en: PINEDO AUBIAN, Martín. *Ob. cit.* <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/32.pdf>.

Así, la autonomía de la voluntad se constituye como el poder que toda persona (o sujeto de derecho) tiene para hacer lo que la ley no prohíbe y para no hacer lo que no la prohíbe; es decir, jurídicamente, para crear, modificar y/o extinguir relaciones jurídicas (susceptibles de libre disponibilidad); es fuente de poder de relaciones jurídicas, de autorregulación de la vida privada de los sujetos, y de su relación con los demás. El Tribunal Constitucional establece que:

La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes, de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular.⁴⁷

Ahora bien, si la razón es fundamento de la libertad, y ésta del principio jurídico general de la autonomía de la voluntad, la materialización de este último principio, en materia de derecho de contratos y demás negocios jurídicos específicos, se plasma en los subprincipios jurídicos denominados «libertad de contratar» y «libertad contractual».

La primera —es decir, la libertad de contratar— consiste en la autodeterminación de su voluntad conducente a celebrar o no un contrato. La libertad contractual, en cambio, es aquella que permite a las partes contratantes delimitar los términos y condiciones (cláusulas) del contrato a celebrar.

Ambas expresiones contractuales de la libertad o de la autonomía de la voluntad en el contrato se encuentran, a su vez, reconocidos expresamente en nuestra Constitución como derechos fundamentales de las personas, en los términos siguientes:

⁴⁷ STC n.º 0047-2004-AI/TC, 24/04/2006, Fundamento jurídico n.º 44. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contraven-
gan leyes de orden público.

Artículo 62.- Libertad contractual

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...].

El Tribunal Constitucional interpreta este derecho fundamental como aquel

[...] acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial [...]. Tal derecho garantiza, *prima facie*: Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.⁴⁸

En el Código Civil es donde se encuentra plasmado, de modo más didáctico, la llamada libertad contractual; a saber:

Artículo 1354.- Libertad contractual

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

⁴⁸ STC n.º 2736-2004-AA/TC, fundamento jurídico n.º 9. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02736-2004-AA.html>.

Esto es muy importante en el derrotero a seguir para la definición cabal del arbitraje, por cuanto el «poder» de disposición del conflicto de las partes al árbitro o tribunal arbitral, que es la fuente del arbitraje, nace de un consenso de voluntades de las partes contendientes, de prever de modo anticipado o ya surgido el conflicto, que éste último será resuelto única y exclusivamente a través del arbitraje. Este acuerdo o sometimiento al arbitraje que tiene naturaleza contractual se denomina concretamente «convenio arbitral».

En suma, el arbitraje como mecanismo natural y heterocompositivo de solución de conflictos, encuentra filosóficamente su fundamento en la «razón» y en la «libertad» del hombre, pero jurídicamente encuentra sustento en el llamado «principio de la autonomía de la voluntad», y más específicamente, en la «libertad de contratar» y la «libertad contractual», de las cuales deriva, precisamente, el «convenio arbitral», que constituye, en concreto, la fuente jurídica directa del arbitraje. Así, el arbitraje es fruto del convenio arbitral; no hay arbitraje sin convenio arbitral.

Antonio María Lorca Navarrete sintetiza contundentemente el asunto, al afirmar que:

[E]l origen del arbitraje se ubica en el convenio arbitral. Para que se me entienda: sin convenio arbitral no puede haber arbitraje [...] En concreto, que el convenio arbitral, justificado en la autonomía de la voluntad, permite que, la controversia disponible conforme a derecho [...], pueda ser sometido a arbitraje.⁴⁹

Ahora bien, hemos determinado que el fundamento (en tanto fuente u origen) del arbitraje es la «libertad», propia o exclusiva de un ser racional como es el hombre por naturaleza. Sin lugar a dudas, se puede decir que no hay posibilidad de existencia del arbitraje sin libertad, y de esta última sin la «razón». Por lo tanto, en tanto y en cuanto esta liber-

⁴⁹ LORCA NAVARRETE, ANTONIO. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010, p. 47.

tad se encuentre coactada en su contenido esencial, no se puede hablar de arbitraje.

Sin embargo, hay que tener bastante cuidado con la delimitación de tales situaciones de ausencia o restricción de la autonomía de la voluntad en los diversos tipos de arbitraje existentes en la práctica, pues no en todos los casos existe desnaturalización o pulverización del contenido esencial del derecho al arbitraje.

Por ejemplo, el llamado arbitraje «forzoso» no deja de ser un auténtico arbitraje, aunque con ciertas particularidades. Al respecto, cabe precisar que en la vida de relación existen situaciones jurídicas diversas que, fuera de lo ordinario, se crean, establecen o regulan en función a la tutela de determinados bienes e intereses jurídicos específicos e incluso superiores (medio ambiente, interés público, consumidores, etc.) y que al Estado le corresponde un rol tutelar en congruencia con el interés y bienestar generales, estableciendo para ello la imperatividad de someter al arbitraje cualquier conflicto derivado de estas relaciones jurídicas.

En el caso, por ejemplo, del arbitraje en la contratación pública, la libertad de acceso y sometimiento al arbitraje subsiste, en tanto que quien pretenda concursar para contratar con el Estado, tiene conocimiento previo de que la vía de solución específica y única para eventuales conflictos que se susciten entre las partes contratantes es la arbitral y no la judicial.⁵⁰

⁵⁰ Así lo dispone la Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.º 30225; a saber:

«**Artículo 45.-** Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje.

[...]

45.6. El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros.

En este sentido, no asentimos las afirmaciones de Ana María Chocrón Giráldez, quien al criticar los llamados arbitrajes «forzosos», expresa que:

En definitiva, el arbitraje como medio de solución de contiendas por un tercero, surge de un acuerdo de voluntad de las partes. De este modo, aun manteniendo que esa voluntad fuera emitida con ocasión de una circunstancia aislada de la que luego resulta la sumisión al juicio de árbitros, aun manteniendo, incluso, que algunas leyes remitan ciertas materias a instancias arbitrales (por ejemplo, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios...) es lo cierto que hablar de arbitraje obligatorio o impuesto, significa desnaturalizar la propia esencia de aquél y, en consecuencia, llegar a la paradoja de convertirlo en algo distinto, aunque bautizado con el mismo nombre.⁵¹

Al respecto, no queda más que agregar que la realidad concreta no es hecha ni delimitada por las instituciones jurídicas, sino, al contrario, son éstas las que se instituyen para resolver los problemas de la realidad, para lo cual deben las instituciones adecuarse a tales propósitos.

De este modo, sin que tal adecuación importe su desnaturalización, resulta perfectamente razonable restringir algunas características de la institución jurídica, como ocurre con el arbitraje en la contratación pública que, en esencia, sigue fundamentándose en la autonomía de la voluntad, pero con particularidades propias adecuadas a los fines que, a través de dicho tipo de arbitraje, el Estado persigue en la tutela de derechos e intereses propios de la contratación pública. Como se ad-

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado [...].»

⁵¹ La citada autora española identifica este principio que comentamos, con el nombre de «principio de oportunidad». Ver en: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: José María Bosch., 2000, p. 38.

vierte, en este tipo de arbitraje se mantiene la esencia de la institución, su núcleo duro.

3.2.2. *La justicia como causa-fin del arbitraje*

Otro aspecto de la dimensión *ius*-filosófica del arbitraje es su causa-fin; esto es, ¿para qué es el arbitraje?; ¿para qué existe? ¿Cuál su finalidad o razón de ser? Su causa teleológica.

Determinar ello resulta imprescindible para tener una noción integral del arbitraje. La «teoría contractualista» del arbitraje —como veremos— precisamente, se queda en la concepción del arbitraje en su causa-fuente, omite o le resta importancia a su causa-fin, obteniendo con ello una noción sesgada del arbitraje. La «teoría jurisdiccionalista», por su parte, incurre en error *in contrario*.

La solución de la controversia que el árbitro adopte no puede ser dada de cualquier manera, sino una basada según derecho (nacional o foráneo) o según conciencia (o equidad) que las partes acuerden como instrumento jurídico de solución. En el caso del arbitraje de derecho (o mediante el derecho), ya de por sí en toda sociedad civilizada, el derecho es expresión de justicia o, al menos, aspira o tiene por finalidad dicho valor supremo.

Más aún, hoy por hoy, en tiempos del *neoconstitucionalismo*, ya de por sí está garantizada que las normas jurídicas (con las que resuelve el caso el árbitro) tiene como fundamento, principios y valores que, finalmente, recaen siempre en el marco de justicia establecida por la Constitución y las normas internacionales de protección de los derechos humanos. Las normas jurídicas de por sí llevan en sí como valor la justicia.

Como acertadamente afirmaba el maestro Mario Alzamora Valdez:

La justicia es el valor principal que el derecho trata de realizar a través de sus distintas expresiones. Podrá haber un derecho

justo, menos justo o injusto, pero siempre llevará en sí una aspiración hacia la justicia.^{52 53}

Este derecho a la justicia en toda su amplitud se encuentra consagrado en la Constitución como derecho fundamental, al establecer:

Artículo 139.- Principios de la administración de justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

[...].⁵⁴

Ya más adelante trataremos respecto de estos dos trascendentales derechos fundamentales. Empero, en concreto, en virtud de ellos, podemos decir que lo que se reconoce es que toda persona tiene derecho

⁵² ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima: Eddili, s/f, 10.^a edición, p. 301.

⁵³ Sobre la justicia, el jurista español Luis Legaz y Lacambra expresa que: «[L]a justicia es un horizonte en el paisaje del derecho, horizonte que pertenece al paisaje sin ser el paisaje mismo; pero el paisaje no sólo tiene horizonte, sino que está en el horizonte, sin confundirse, empero, con él: el horizonte es límite para el paisaje y gracias al horizonte podemos, propiamente, hablar de paisaje, distinguir los objetos y establecer las perspectivas. Todo el “paisaje jurídico”, toda la variedad histórica de derechos, legislaciones y datos jurídicos en general, sólo podemos apreciarla y situarla en tanto que la emplazamos en un horizonte ideal dentro del cual aquella variedad de objetos se constituye como un mundo, que sólo tiene sentido jurídico por la referencia al reino ideal de valores que ese horizonte representa». (LEGAZ Y LECAMBRA, Luis. *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1943, p. 414).

⁵⁴ También el Código Procesal Civil consagra este principio de modo bastante didáctico al disponer que:

«Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

La referencia que se hace del Código Procesal Civil es tan sólo por didáctica por cuanto este cuerpo de leyes no constituye ni fundamento ni fuente del arbitraje. Sin embargo, ciertamente los términos del derecho redactado en el referido Código Procesal, constituye una correcta plasmación de lo consagrado en la Constitución».

a que la resolución del conflicto de intereses sometido a un tercero (sea jurisdicción, arbitraje u otros mecanismos alternativos de impartición de justicia) debe ser una basado en derecho, o, de ser el caso, en equidad.

Asimismo, manifestamos que el proceso y/o procedimiento para arribar a ello debe, a su vez, estar premunido de mínimas garantías (derechos, tales como defensa, prueba, motivación de las decisiones, efectividad de las decisiones, entre otros, que corresponda) que hagan del proceso (o procedimiento) justo y equitativo.

Tal como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional:

[T]odo órgano que posea naturaleza jurisdiccional (sea ordinario, constitucional, electoral, militar y, por extensión, los árbitros) debe respetar, mínimamente, las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional «efectiva» y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable, a un juez competente, independiente e imparcial, a la ejecución de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales.⁵⁵

En otro pronunciamiento, el Supremo Intérprete de la Constitución establece que:

La norma suprema [...] garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.⁵⁶

⁵⁵ STC n.º 0004-2006-AI/TC, 29/03/2006. Fundamento jurídico n.º 8. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>.

⁵⁶ STC n.º 3789-2005-HC/TC, 09/11/2005. Fundamento jurídico n.º 12. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03789-2005-HC.html>.

También en los llamados arbitraje de conciencia o de equidad, la solución que da el árbitro, si bien es una que no está basado en derecho, sino en la propia conciencia del árbitro, pero esta «conciencia» debe estar basado en «leal saber», lo cual significa que ese saber (conocimientos, técnicas) que se requiere para la solución del caso, debe estar premunido de rectitud, honestidad, nobleza y todas las virtudes necesarias que, finalmente, conducen al único valor supremo aceptable en una sociedad o grupo organizado, que es la «justicia».

Como afirma Legaz y Lacambra:

[L]o equitativo no es para el filósofo griego⁵⁷ algo distinto por esencia de la justicia, sino una misma con ella; la equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia que corrige a la injusticia que se comete en el caso particular, cuando sólo se le considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general [...].⁵⁸

También Abelardo Torr  apunta que:

[L]a equidad no es, simplemente, la justicia del caso particular como suele decirse; en efecto, para ser más preciso, cabría definirla como la justicia del caso particular, inspiradora de una decisión que la comunidad acepta, como norma general válida para solucionar casos semejantes al resuelto. La equidad no es, pues, algo esencialmente distinto de la justicia, sino una modalidad de la misma; en consecuencia, un fallo no puede ser equitativo e injusto al mismo tiempo, porque si es equitativo, es justo; y si es injusto, no puede ser equitativo.⁵⁹

De este modo, tanto en el arbitraje de derecho como el de conciencia es la justicia el valor supremo, la causa-fin del arbitraje. Es en

⁵⁷ Refiriéndose a Aristóteles en su * tica a Nicómaco*.

⁵⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Ob. cit.*, p. 433.

⁵⁹ TORR , Abelardo. *Ob. cit.*, p. 284.

este extremo que —como veremos más adelante— el arbitraje puede y debe ser materia de control de parte del Estado a través del proceso jurisdiccional competente. Es esta dimensión, «justicia», la que justifica la intervención de la jurisdicción en el arbitraje cuando en éste se ha vulnerado los derechos y principios mínimos que aseguran la existencia de un proceso arbitral justo y equitativo.

Así, el arbitraje existe (en todas sus formas y en todo lugar) para hacer justicia entre los hombres. El arbitraje nace de la libertad, pero para un fin: la justicia. Eso es así porque el hombre es un ser racional, pensante, capaz de diferenciar entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto, y por ello, en lugar de recurrir a la violencia física en la que se fundamenta la «autotutela», opta por un medio más racional de solución de conflictos, como es el arbitraje. Si no fuera así, sería fácil para el hombre someter la controversia a la suerte o a algún artilugio no racional; empero, el hombre, como ser con razón, con libertad, capaz de valorar conductas y situaciones, aspira siempre la justicia.

Nótese bien que es la «razón» la que hace posible que el hombre actúe en libertad, y es, a su vez, el elemento que lleva ínsito la justicia. En este sentido, sólo un ser racional puede ser libre, y sólo en la racionalidad puede fundarse la justicia. Lo justo es lo razonable, lo adecuado a la razón. Según el Diccionario de la Real Academia Española, una de las definiciones de «justicia» es «derecho, razón, equidad».⁶⁰ Es así que tanto el derecho como la equidad equivalen a razón, es decir, a justicia; y uno de los medios para lograrla es a través del arbitraje y no únicamente mediante la tutela jurisdiccional que monopoliza el Estado.

Siendo ello así podemos afirmar que tanto en el arbitraje de derecho y aún el de equidad es la «razonabilidad» de la decisión el estándar para medir si un laudo arbitral es justo o no en su contenido de fondo; y, en cuanto a su contenido formal, tal decisión razonable debe también

⁶⁰ Definición que se halla en el *Diccionario de la Real Academia*. Barcelona: Espasa, 2014, edición del tricentenario, p. 1296.

ser fruto de la observancia de parte del árbitro o tribunal arbitral de los principios y garantías de la tutela procesal justa y debida, establecidos en la Constitución y en las normas internacionales de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, queda claro que tal razonabilidad debe ser evaluada en el mismo sistema de impartición de justicia vigente en su tiempo y lugar, en la que las partes contendientes sometieron el conflicto al árbitro o tribunal arbitral; y no necesariamente ser evaluado desde el derecho objetivo o formal, sino teniendo en cuenta diversos elementos sociológicos en los que se adopta tal decisión, más aún si el arbitraje es de conciencia.

3.3. Fundamento ius-formal del arbitraje

Los elementos jurídico-formales complementan los fundamentos del arbitraje, los mismos que se encuentran plasmados en un ordenamiento jurídico determinado a los que necesariamente debemos referirnos, por lo que, qué mejor ocasión que ésta para hurgar el fundamento *ius*-formal del arbitraje en el ordenamiento jurídico patrio que regula nuestra institución, el cual está compuesto, básicamente, por la Constitución Política y el Decreto Legislativo n.º 1071 («Ley de Arbitraje», a lo largo del presente trabajo.

Veamos, pues, tales elementos *ius*-formales esenciales del arbitraje.

3.3.1. La autonomía del arbitraje y la no injerencia de los órganos jurisdiccionales como principio rector del arbitraje

El funcionamiento eficaz del arbitraje y su subsistencia en el tiempo como mecanismo heterocompositivo natural y alternativo a la que brindan los órganos jurisdiccionales tiene su razón de ser en su principio rector: la «autonomía del arbitraje» y la consiguiente «no injerencia de los órganos jurisdiccionales».

Es imposible la existencia y operatividad de la justicia arbitral sin el respeto y observancia de este principio fundamental, especialmente, de parte del Estado en el desempeño de la función jurisdiccional. Como afirman Fernando Cantuarias Salaverry y Roque J. Caivano,

[l]a necesidad de autonomía se apoya en razones funcionales: la excesiva interferencia socava la eficacia del arbitraje.⁶¹

El Tribunal Constitucional ha reconocido también la autonomía del arbitraje, al sostener que:

La autonomía es entendida como el respeto, al interior del propio órgano, del desarrollo de sus funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública. Esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a) como garantía de la administración de la administración de justicia; b) como atributo del propio [árbitro]. Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el [árbitro] se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza o influencia política.⁶²

En nuestro ordenamiento jurídico, tal principio rector del arbitraje se encuentra consagrada de modo contundente en el Decreto Legislativo n.º 1071 (Ley de Arbitraje), en los siguientes términos:

⁶¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna, 2008, n.º 7, p. 46.

⁶² STC n.º 2465-2004-AA-TC. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02465-2004-AA.html>.

Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este decreto legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este decreto legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Otra vez, Cantuarias Salaverry y Caivano, comentando el artículo 3 de la ley, afirman que:

[E]l contundente artículo 3 postula la autonomía del arbitraje en términos inequívocos al establecerla no sólo como un principio, sino como un derecho de la función arbitral. Allí se señala que en los asuntos que se rijan por ella «no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga (numeral 1), así como que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones (numeral 2) y plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo (numeral 3). Reforzando estos principios, el mismo artículo concluye asegurando que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación de laudo contemplado en este decreto legislativo y que cualquier intervención judicial distinta,

dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.⁶³

Así, este principio rector importa esencialmente que el árbitro (o tribunal arbitral) tienen potestad exclusiva y excluyente de iniciar, tramitar, decidir acerca de su propia competencia en el conocimiento del conflicto que las partes libre y convencionalmente han sometido, y de resolver el conflicto mediante laudo correspondiente, y también de ejecutar el laudo si así las partes han convenido, siempre que dicha actuación no importe el empleo de la fuerza pública.

Y, como consecuencia de ello, ninguna autoridad pública o privada, actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá interferir ni dejar sin efecto las actuaciones y decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control jurisdiccional correspondiente, incluso ya posterior al laudo y conforme a la Constitución y la ley. Cualquier intervención jurisdiccional distinta dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo o posterior a él, pero fuera de su competencia, están sujetas a responsabilidad.

La consagración legislativa del principio materia de análisis encuentra su sustento constitucional en los artículos 2 y 62 de la Constitución y, particularmente, su consagración en el artículo 139 de la Constitución; a saber:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

[...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contraven-
gan leyes de orden público [...].

⁶³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, Magna, 2008, n.º 7, p. 48.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

- a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Artículo 62.- [...] Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral [...].

Al tratar sobre el fundamento *ius*-filosófico del arbitraje expusimos holgadamente respecto de la libertad y la autonomía de la voluntad como la causa-fuente del arbitraje, por lo que nos remitimos a dichos argumentos con relación a ellos.

Sin embargo, la autonomía del arbitraje y la no injerencia de los órganos jurisdiccionales se encuentra positivizada en el artículo 139 de la Constitución. De una liminar interpretación lógica-gramatical fluye de tal disposición la consideración del arbitraje como jurisdicción. De hecho, buen sector de la doctrina se atreve, incluso, a hablar sin rubor alguno de una «jurisdicción arbitral» en distinción de la «jurisdicción estatal».⁶⁴

⁶⁴ Esta posición es sostenida entre los que asumen la teoría jurisdiccionalista del arbitraje. Así, para esta teoría, el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es, la cosa juzgada. Dicho de otro modo, los árbitros ejercen su función si bien porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley. El arbitraje existe y tiene razón de ser por gozar de jurisdicción (Véase en este sentido a Marianella Ledesma Narváez, en: *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.^a edición, p. 32; y a GARCÍA ASCENCIO, Frank. *Amparo versus arbitraje*. Lima: Adrus, 2012, p. 9).

Y, como consecuencia de ello, le son, por tanto, aplicables a la función arbitral (o «jurisdicción arbitral») los principios y derechos que corresponden a la función jurisdiccional, entre ellos, la autonomía (o independencia) en el ejercicio de la función jurisdiccional, de modo tal que «ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución [...]» (artículo 139, numeral 2 *in fine* de la Constitución).

Roque J. Caivano expresa también que: «[h]oy se reconoce que los árbitros y amigables componedores también ejercen jurisdicción, ya que en su desempeño se encuentran las características propias de aquella [...]». (CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 13).

En otra participación, el profesor de la Universidad de Buenos Aires, expresa que: «La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es hoy incuestionable, ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquella: al fin y al cabo, la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia». (CAIVANO, Roque J. «Retos del arbitraje frente a la administración de justicia». En: *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 5, pp. 33-34).

También, Bruno Oppetit aboga por la concepción jurisdiccionalista del arbitraje al manifestar que «El arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual [...] como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlin: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia, privada, por cierto, pero una justicia al fin y al cabo: ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de la jurisdicción en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución: desde el instante en que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural (y no solamente en el arbitraje institucional), así sea en forma adaptadas a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualesquiera que ésta sea». (OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis, 2006, pp. 57-58).

Si bien cabe asentir que el reconocimiento y atribución de los principios y derechos de la función jurisdiccional del arbitraje, a partir de su consideración como una forma de jurisdicción, ha resultado ser en términos prácticos muy favorable para el respeto de la autonomía del arbitraje y su consiguiente auge, de modo que —como presagiara agudamente el profesor Aramburú Menchaca en el Debate de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978 (Sesión del día 9 de febrero de 1979)— el reconocimiento constitucional del arbitraje como jurisdicción «es algo que robustece el arbitraje».

Pues, de hecho, así ha ocurrido en el país a partir de la Constitución de 1979, continuando con la vigente Constitución de 1993 y desarrollado eficientemente en la actual Ley de Arbitraje y ratificado, más aún, por el Tribunal Constitucional, en sus sentencias y precedentes vinculantes en las que ha tenido oportunidad de reafirmar y defender la autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales, a partir de la consideración del arbitraje como una «jurisdicción de excepción» (ésta, entendida como contrapuesta a la «jurisdicción común u ordinaria»).

A nivel jurisprudencial es el propio Tribunal Constitucional quien ha ido hasta el extremo, al señalar que:

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución [...]. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un tribunal arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este tribunal efectúe una lectura *iustu-*

blicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales; y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas, autoridades administrativas y/o judiciales— destinadas a abocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.⁶⁵

Asimismo, en otro pronunciamiento, el tribunal consideró que:

[E]ste tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible [...], con independencia jurisdiccional; y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.⁶⁶

Tales argumentos no resultan, en realidad, congruentes con el fundamento *ius*-filosófico del arbitraje. Son argumentos que no se pueden

⁶⁵ STC n.º 6167-2005-PHC/TC (fundamentos n.ºs 11 y 12), Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

⁶⁶ STC n.º 6167-2005-PHC/TC (fundamento n.º 14), Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

aceptar sosegadamente. La interpretación de las normas constitucionales no puede efectuarse con extrema sencillez a partir de su mera aprehensión lógico-gramatical y con asentimiento sereno de las categorías que utilice el constituyente (como diseñador de disposiciones normativas) como si fueran indiscutibles cuando, en primer lugar, lo que el intérprete de la Constitución debe efectuar es un análisis de compatibilidad de las categorías, conceptos y/o instituciones contenidas en las propias disposiciones constitucionales, con su naturaleza jurídica, y en su contenido material y considerándose a la Constitución como una unidad normativa suprema, «como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto» (fundamento n.º 12 de la STC n.º 5854-2005-PA/TC,⁶⁷ Caso Pedro Lizana Puelles), de modo que «toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales, debe ser resuelta “optimizando” su interpretación; es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos» (fundamento n.º 12 de la STC n.º 5854-2005-PA/TC).

Siendo que, precisamente, el error del Tribunal Constitucional, al otorgarle naturaleza jurisdiccional al arbitraje, es arribar a tal conclusión a partir de una interpretación formal y no material del artículo 139, inciso 1 de la Constitución. Tal criterio de interpretación desnaturaliza el arbitraje en su esencia, y contribuye a la producción —vía interpretación— de normas constitucionales e inconstitucionales por materia.⁶⁸

Así, no obstante que el constituyente ha reconocido la autonomía del arbitraje a partir del reconocimiento de éste como una jurisdicción («jurisdicción arbitral»); sin embargo, ello no puede conllevar a la aceptación pacífica de tal disposición. El arbitraje no es jurisdicción. Ambos,

⁶⁷ Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>.

⁶⁸ Respecto a la posibilidad de existencia de normas inconstitucionales en la propia Constitución, ya sea vía positivación o ya sea obtenido vía interpretación, véase a: BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra Editores, 2010.

si bien constituyen ontológicamente mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, y si bien ambos tienen como causa-fin a la justicia, ambos difieren en sus orígenes y su causa-fuente. El arbitraje es fruto de la libertad y de la autonomía de la voluntad. Se recurre al arbitraje, por cuanto las partes así lo han convenido, respecto a un conflicto de carácter disponible, en ejercicio legítimo de su autonomía de la voluntad y de las libertades de contratación.

El hecho de que el arbitraje, al igual que la jurisdicción, constituya mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, no puede conllevar a pretender otorgar «naturaleza» jurisdiccional al arbitraje. Acaso, ¿no se es capaz de reconocer que no toda impartición de justicia se obtiene únicamente a través del Estado, y que existen, a su vez, otros mecanismos de solución alternativos a la justicia pública, e incluso históricamente anterior a ella, fundados en la naturaleza libre y racional del hombre?

La justicia que brinda el mecanismo arbitral es una justicia privada que resulta ser autónomo de la justicia pública o estatal, que brindan los órganos jurisdiccionales. Ciertamente, tal autonomía no es absoluta sino también sometido a control por parte del Estado, a través de sus órganos competentes, como lo veremos más adelante.

La operatividad y eficiencia del arbitraje, en la realidad práctica, no puede sino radicar en su autonomía funcional con respecto a los demás mecanismos de solución de conflictos, particularmente, a la función jurisdiccional. La autonomía del arbitraje es, entonces, consustancial al arbitraje mismo. El arbitraje no podría funcionar y servir a los fines de la persona humana y la sociedad, si no goza de autonomía; ergo, corresponde al Estado garantizarla, en tanto la defensa de la persona humana y su dignidad es su fin supremo. La autonomía del arbitraje, por tanto, es una cuestión que no puede discutirse. El Estado no puede desconocerla, prohibirla ni limitarla en su contenido esencial.

En esencia, la defensa de la autonomía del arbitraje puede ser invocada al margen de su reconocimiento positivo en el artículo 139, pues en el supuesto de que no existiera esta disposición constitucional, en los términos en que se encuentra redactado, tal autonomía puede ser igualmente invocada y defendida, con base en los fundamentos del arbitraje que hallamos positivizados en el artículo 2, inciso 24, literal a), que consagra el derecho a la libertad personal, en virtud del cual:

Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Así como el artículo 2, inciso 14, en virtud del cual toda persona tiene derecho a:

Contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público [...].

Y, el artículo 62 que dispone que:

[...] Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Así, es el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, que regula la autonomía del arbitraje.

En puridad, los principios y derechos recogidos en el artículo 13 no son exclusivos de la función jurisdiccional son también invocables y exigibles en cualquier mecanismo heterocompositivo público o privado de impartición de justicia; es decir, en cualquier situación en la que sea un tercero quien tenga que definir derechos e intereses de otros sujetos ajenos a los suyos. Tales garantías procesales son exigibles en el proceso arbitral, como en cualquier procedimiento corporativo-privado, pues aparece como justo y racional que los sujetos del conflicto gocen de

garantías y derechos mínimos que hagan posible obtener una decisión justa y equitativa (debido proceso).

3.3.2. La situación jurídica controvertida disponible como objeto del arbitraje

La Ley de Arbitraje dispone en su artículo 2, que:

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

En tanto el arbitraje constituye un mecanismo de resolución de conflicto, éste —es decir, el conflicto— es el presupuesto fáctico y esencial para la existencia del arbitraje. Conflicto o controversia tienen el mismo significado jurídico para efectos de este punto; sin embargo, la Ley de Arbitraje prefiere en toda su extensión utilizar la categoría «controversia» para referirse a lo que es materia de arbitraje.

Lo que sí debe quedar claro es que materia de arbitraje es un conflicto o controversia, mas no una «incertidumbre jurídica». La naturaleza heterocompositiva del arbitraje presupone la existencia de un conflicto que, precisamente, deba ser dirimido o resuelto por el árbitro respecto a la pretensión incoada por el justiciable.

El arbitraje sería innecesario e inútil respecto a una situación jurídica, en donde sólo exista incertidumbre y no cuestión litigiosa. Esta última —a decir de Sara Gaspar Lera—,

[...] es un conflicto de intereses con trascendencia jurídica. Es decir, se trata de un conflicto en el que las partes enfrentadas aspiran a una tutela jurídica, o lo que es lo mismo, a que se diga quién tiene derecho a satisfacer su pretensión. Quiere ello decir que, una vez verificada la declaración correspondiente, ésta

puede realizarse de forma coactiva con fundamento en lo establecido por el ordenamiento.⁶⁹

Ahora bien, no cualquier conflicto puede ser materia de arbitraje, sino aquéllos referidos a materias que son de libre disposición conforme a derecho (así lo dispone la ley, en el artículo que comentamos). A este respecto, Carmen González Carrasco señala que la expresión legal referida a «materias» de libre disposición, no es correcta desde el punto de vista técnico-jurídico.

[E]l objeto de la libre disposición de las partes sobre el que se plantean las cuestiones litigiosas —hoy «controversias»— no lo constituyen las «materias», sino, individualmente considerados, los distintos derechos subjetivos [...] respecto de los cuales se plantean aquéllas. Algunos de estos derechos son disponibles para su titular y algunos otros, aún recayendo sobre la misma «materia», se encuentran fuera del ámbito de libre disposición de las partes, no siendo susceptibles de arbitraje. La cuestión no es meramente terminológica, porque la expresión «materias» ha propiciado también la errónea identificación de los asuntos susceptibles de ser resueltos por el arbitraje con aquéllas sometidas a una regulación imperativa o de *ius cogens*. Que una materia esté regida por normas imperativas no significa que el titular de los derechos que otorga la norma no pueda renunciar a sus consecuencias, una vez producidas éstas. Lo que significa la imperatividad de la norma es que las decisiones con eficacia de cosa juzgada —judiciales o arbitrales— no pueden contradecir el régimen de protección de orden público que aquélla dispone.⁷⁰

⁶⁹ GASPAR LERA, Sara. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1998, p. 80.

⁷⁰ La referida autora comenta el artículo 2.1 de la Ley de arbitraje española, Ley n.º 60/2003. Ver en: GARBERÍ LLOBREGAT, José (dir.). *Comentarios a la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004, tomo 1, p. 28.

Por su parte, Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze concuerdan también que las controversias ni las materias pueden ser de libre disposición «¿cómo se puede disponer de una controversia? De lo que se puede disponer es de derechos; y, en todo caso, del derecho de llevar una controversia (sobre determinados derechos) a un tribunal arbitral al que se refiere [...] la ley bajo comentario, sólo puede aludir a derechos. Hubiera sido más propio, en todo caso, expresar que “pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre derechos que las partes tienen la facultad de *disponer libremente*” [...].».⁷¹

Para nosotros no resulta necesaria la precisión legislativa que proponen los autores antes mencionados; lo dispuesto en el artículo 2 de la ley resulta ser suficiente para —a partir de la naturaleza y principios básicos del arbitraje— efectuar una debida interpretación, por lo que se puede colegir que constituye objeto de arbitraje las controversias sobre asuntos (materias) de relevancia jurídica que, conforme al ordenamiento jurídico, son de libre disposición de las partes.

Mas, en estricto, ni los derechos son materia de arbitraje, sino la situación jurídica controvertida que tiene trascendencia jurídica; esto es, ya sea porque se encuentra regulada en una disposición del «cosmos jurídico»; es decir, en el supuesto fáctico (*tatbestand* o *fattispecie*) de alguna norma jurídica, o ya sea que la razón humana misma exija la impartición de justicia (ésta entendida jurídicamente) en el supuesto concreto, sin necesidad de que estrictamente esté regulada en una disposición normativa, sino que la situación jurídica controvertida exija su solución con base en principios y valores jurídicos superiores.

Es esa juridicidad de la controversia, la necesidad de justicia que la situación controvertida requiere, que motiva el acceso al arbitraje. Los

⁷¹ CASTILLO FREYRE, Mario y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado. La verdadera reforma de la Justicia*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 1, p. 78.

derechos no son, en estricto, la materia arbitrable, sino algo fáctico, existente en la realidad concreta; es decir, el conflicto o controversia, o procesalmente la «situación jurídica controvertida». El derecho no es sino el instrumento mediante el cual el árbitro resuelve la situación controvertida (arbitraje de derecho), e incluso, se puede prescindir de él a cambio de una decisión racional, pero no menos justa (arbitraje de conciencia o de equidad). En algunas ocasiones, si las partes así lo autorizan, el laudo arbitral puede, incluso, ser dictado con prescindencia de argumentación jurídica (laudos no motivados jurídicamente).

Hecha esta precisión, José María Roca Martínez añade que:

Los conflictos intersubjetivos que con el arbitraje pueden solucionarse, han de ser de naturaleza disponible, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a derecho, porque cuando son absolutamente dueñas de los derechos subjetivos materiales que se discuten en el conflicto, no se les puede constreñir a impetrar su tutela ante los tribunales y, por el contrario, cuando no exista dicha disponibilidad, habrá de acudirse necesariamente al proceso para obtener la solución del conflicto.⁷²

Sobre qué materias puede ser sometida a arbitraje. La doctrina ha denominado como «arbitrabilidad objetiva»; en contraposición a la «arbitrabilidad subjetiva» que se refiere a quiénes pueden acudir al arbitraje.⁷³ Así como bien señalan Lorca Navarrete y Silguero Estagnan —citados por Felipe Cantuarias Salaverry—:

⁷² ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: José María Bosch, 1992, p. 29.

⁷³ La denominada «arbitrabilidad subjetiva» hace alusión a las personas naturales o jurídicas que pueden acudir al arbitraje, que precisamente pueden disponer libremente de sus derechos; así, por más que la situación jurídica controvertida sea de libre disponibilidad, no autoriza a recurrir válidamente a arbitraje, pues se requiere adicionalmente que aquél que recurre debe encontrarse en capacidad de ejercicio de tal derecho o tener poder suficiente de representación.

[L]os términos “poder de disposición”-“libre disposición” son [...] aquéllos sobre los que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas, esto es, la potestad normativa creadora que, a través del negocio jurídico, expresión de ese poder o libertad y fuente de disposiciones, reglamentaciones o normas privadas, el ordenamiento reconoce y ampara, en tanto se ejercite sobre el ámbito que previamente le señala y que es el representado por los propios intereses de las partes negociales o, en términos negativos, en tanto no recaiga sobre materia sustraída a la autorregulación de los particulares, ya de todos —disponibilidad absoluta—, ya de aquéllos que dictan *lex privata* sobre asuntos que sólo pueden ser reglamentados con los negocios celebrados por otros —disponibilidad relativa— [...].⁷⁴

Asimismo, efectuando un sesudo análisis, José Carlos Fernández Rozas señala que:

Prácticamente todos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje, sin embargo, el Estado, por medio de la legislación establece las materias o las controversias que no pueden ser resueltas conforme a este procedimiento. Pese al proceso de armonización que existe en esta materia cada sistema es muy celoso de las categorías jurídicas que pueden ser sometidas al juicio de árbitros; este particularismo obedece a que el Estado determinado considera que existen cuestiones cuya decisión pueda afectar, además de a las partes de la controversia, al orden público. Determinadas materias están excluidas del arbitraje por la acción directa del orden público, siendo los ejemplos más significativos el estado civil, derecho de familia o el derecho penal; sin embargo, en otras materias donde es claramente perceptible la presencia del orden público sí cabe la posibilidad de arbitraje cuando los ár-

⁷⁴ Véase en: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 8-9.

bitros tengan en cuenta la normativa imperativa que recae sobre ellas [...].⁷⁵

Asimismo, este autor español señala en otro extremo que los criterios empleados por los Estados para determinar qué asuntos pueden o no ser sometidos a arbitraje pueden ser agrupados en distintos grupos, «no pudiendo aceptarse uno con carácter excluyente de los otros, pues ninguno expresa una solución satisfactoria [...]. El primero de estos criterios se refiere a los asuntos que a la luz de la ley nacional, sean susceptibles de transacción o se definan como derechos de libre disposición de las partes; de lo dicho se desprende que, únicamente, pueden ser objeto de compromiso aquellas materias que se encuentren bajo el control absoluto de su titular, en el sentido de que tenga capacidad de renuncia o de enajenación con respecto a ellas: la arbitrabilidad referida a las denominadas materias “de libre disposición” o “libre disponibilidad”. A partir de estas expresiones, se entiende que, por lo general, es viable el arbitraje cuando las partes pueden disponer libremente del objeto alrededor del cual ha surgido o puede surgir una controversia [...]. Un segundo criterio, que a veces suele acompañar al anterior, y otras actúa de manera autónoma, es el de la patrimonialidad (*financial interest*) que conduce de una manera inexorable a una consideración “comercialista” del arbitraje [...]. El tercer criterio se caracteriza porque los asuntos susceptibles de arbitraje están incluidos en listas taxativas; dichas listas pueden ser positivas, cuando designan de manera expresa los asuntos arbitrales y negativas, cuando señalan de manera expresa y taxativa los asuntos que no pueden ser sometidos a este proceso especial [...]».⁷⁶

Al respecto, la Ley de Mediación y Arbitraje de Nicaragua (Ley n.º 540, aprobada el 25 de mayo de 2005) precisa, en su artículo 24.f) que «libre disponibilidad» es aquella «situación en virtud de la cual se deba a

⁷⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Iustel-Portal Derecho, 2008, p. 879.

⁷⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, Portal Derecho, 2008, pp. 881-885.

las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad conlleva el derecho de las partes de autorizar a un tercero, a que adopte esa decisión». Tal precisión similar, aunque no existente en nuestra ley de arbitraje, requiere al mismo tiempo determinar qué materias son o se entiende que son de libre disponibilidad.

La determinación de qué materias son de libre disponibilidad no pasa por hurgar la naturaleza disponible o indisponible del derecho pretendido o contradicho, pues en estricto lo que resulta disponible o no es la situación jurídica en conflicto. Generalmente, si la situación jurídica controvertida es de carácter patrimonial, entonces, es disponible; ergo, es arbitrable. El derecho es una abstracción, y comúnmente contiene elementos patrimoniales como no patrimoniales; en cambio la situación jurídica en conflicto —que es una realidad algo concreto— es la que en sí contiene carácter patrimonial o extrapatrimonial, por lo que, a partir de esa realidad, es que se puede determinar si es arbitrable o no.

En este sentido, es sumamente difícil determinar para el legislador las materias o derechos que sean disponibles y, por ende, arbitrables. Como bien expresan Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Aramburú Yzaga:

[...] uno de los temas de más difícil análisis, ya que [...], no existe en el mundo que haya podido plasmar en una norma legal, qué materias pueden arbitrarse o cuáles están excluidas de dicha vía. Y la razón estriba en la dificultad de poder determinar cuáles son las materias que interesan únicamente a los particulares y cuáles son de interés público.⁷⁷

⁷⁷ Citado por los profesores Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán en: *Comentarios a la ley de arbitraje. Primera Parte*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuter-ECB Ediciones, 2014, vol. 25, p. 53.

El mismo Cantuarias Salaverry —citando a Fernando Mantilla-Serrano, quien comenta la Ley de Arbitraje española del 2003— señala que comparte plenamente acerca de que:

[E]sta referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales, con o sin contenido patrimonial. La ley de arbitraje se inscribe así en la tendencia mundial de ampliar al máximo el ámbito de las materias arbitrables y, por ello, evita enumerar una lista de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje.⁷⁸

Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán nos recuerdan que:

[L]as leyes que regulan la institución arbitral en el mundo se estructuran en razón de una técnica legislativa estándar que establece otros dos criterios para definir la arbitrabilidad de un derecho: el criterio positivo y el criterio negativo.

Se entiende por el primero el que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Es éste, como se verá en su momento, un criterio abierto e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni enumera cuáles son esos derechos de libre disposición. Por el contrario, el criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida de que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia [...].

[...] De este modo, salvo excepciones expresas —criterio negativo—, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez

⁷⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 8 y 9.

pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrase.

A nadie escapa, pues, que el eje para determinar qué derechos son susceptibles de arbitraje, es el criterio negativo. Y esto, porque sin criterio negativo, sin lista cerrada de prohibiciones, cualquier derecho podría ser arbitrable, siempre que sea de libre disposición.⁷⁹

Por su parte, Sara Gaspar Lera afirma, a su vez, que:

La labor de concreción del concepto de indisponibilidad implica identificar la esfera jurídica en que la persona no tiene libertad de actuación; es decir, de lo que se trata es de considerar —como escribe Ferrara— lo que el titular del derecho no puede hacer. A tal fin, lo más acertado no es, precisamente, pretender enumerar de forma exhaustiva todos los derechos indisponibles. Antes bien, la técnica a seguir ha de consistir en revelar los criterios que —más precisos que los que se proponen para delimitar el campo de lo disponible— permite determinar con una mínima exactitud el campo de la indisponibilidad. Ello, como digo, sin necesidad de tener que acudir al casuismo.⁸⁰

Agrega la citada autora que:

Debe tenerse en cuenta que, si bien se dijo que es imposible proporcionar una lista acabada de derechos disponibles, también lo es tratar de relacionar exhaustivamente los que son indisponibles. Ello, sin perjuicio de que, además, la formulación de tales enumeraciones, fosilizarían toda posibilidad de dinamismo del ordenamiento jurídico. La técnica del casuismo no es aconsejable, por cuanto que las nuevas realidades sociales exigen las

⁷⁹ CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Comentarios a la ley de arbitraje. Primera parte*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-ECB Ediciones, 2014, vol. 25, pp. 58-59.

⁸⁰ GASPAR LERA, Sara. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1988, p. 91.

correspondientes adaptaciones. De ahí que, especialmente respecto de las figuras que se regulan con vocación de permanencia —como pudiera ser el caso del arbitraje—, sea prudente dejar vía abierta a la recepción de estos cambios.⁸¹

Ahora bien, resulta necesario determinar bajo qué pautas adopta el legislador el criterio negativo de determinar qué materias están excluidas del arbitraje. No obstante tratarse de materias disponibles, se entienden que no son arbitrables por ser contrarios a normas imperativas que interesan orden público, a la moral y las buenas costumbres.

A este respecto, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, señala, precisamente, que:

Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Nótese que no necesariamente porque la disposición normativa aplicable al caso sea imperativa, sea éste inarbitrable, sino, básicamente, la arbitrabilidad objetiva está en todo caso determinado por lo siguiente: (i) que la materia o situación jurídica controvertida sea disponible; y, (ii) que no exista una prohibición expresa ni tácita de su arbitrabilidad por ser la situación jurídica contraria a una norma imperativa que interesa al orden público o a las buenas costumbres (nulidad virtual).

El profesor Cantuarias Salaverry señala con un carácter general, algunas materias que no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje:⁸²

- Cuestiones que atentan contra la moral o las buenas costumbres.

⁸¹ GASPAR LERA, Sara. *Ob. cit.*, p. 91.

⁸² Ver en: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 10-17.

- Reclamaciones referidas a delitos o faltas. Esto es, en lo relativo a la persecución penal, por cuanto sí pueden ser materia arbitrable las cuestiones relativas a la reparación civil derivados de los delitos y faltas.
- Cuestiones referidas al estado y la capacidad civil de las personas, por tratarse de cuestiones no disponibles, tales como situación jurídica de la persona, nacionalidad, adopción, incapacidad e interdicción, domicilio, representación y defensa del ausente, patria potestad, paternidad, filiación y alimentos, cuestiones que rigen al matrimonio, tutela, cuestiones relativas a derechos políticos.
- Integración y modificación de contratos.
- Patentes y marcas.
- Reestructuración patrimonial.
- Controversias referidas a la libre competencia.
- Controversias referidas al derecho laboral.⁸³

⁸³ A este respecto, el profesor Cantuarias Salaverri precisa que: «No siempre es posible someter a arbitraje cuestiones referidas al derecho laboral, ya que se considera que las disposiciones laborales al proteger a los empleados y obreros convierten a estos derechos en no disponibles; y, por lo tanto, su conocimiento corresponde al Poder Judicial. En todo caso, son cada vez más los Estados (como es el caso del Perú) que habilitan la vía arbitral para la solución de controversias laborales, aunque debemos de aclarar que alrededor de los procesos arbitrales laborales las legislaciones suelen tejer un entramado de disposiciones de orden público que muchas veces convierten al arbitraje en una especie de “proceso judicial”, utilizan la vía arbitral como parte de una estrategia mayor de incentivo a la solución pacífica de las controversias laborales y, además, reducen drásticamente la autonomía de la voluntad de las partes en aras de proteger lo que los laboristas llaman la parte “débil” de la relación laboral; es decir, los trabajadores. De esta manera, consideramos que el arbitraje laboral se nutre de principios y disposiciones diferentes a los que están presentes en la ley de arbitraje, razón por la cual las similitudes entre uno y otro son escasas. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1 de la ley de arbitraje, este dispositivo legal será de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan el mal llamado “arbitraje laboral”». Ver en: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo 1, pp. 14-15.

En suma, la disponibilidad de la situación jurídica en conflicto constituye el elemento esencial del arbitraje, es lo que permite la procedencia del arbitraje y el sometimiento de las partes a la justicia privada del arbitraje y su exclusión de la justicia estatal. Es el elemento que justifica el poder de donde emana para que los árbitros puedan impartir justicia, conforme a derecho o a su leal saber; es lo que justifica la prohibición de parte de los órganos jurisdiccionales de no injerencia en la justicia arbitral, el cual, básicamente, pasa por la prohibición de injerencia para resolver la cuestión de fondo del asunto materia de arbitraje, el cual —precisamente— en virtud de la disponibilidad de los derechos, es potestad exclusiva y excluyente del tribunal arbitral, sin perjuicio de las facultades de control que, fuera de estos muros, pueda y deban ejercer los órganos jurisdiccionales.

Sin este elemento esencial no hay arbitraje o no debería válidamente existir, pues de no ser así, se abre la posibilidad de ejercer el control jurisdiccional correspondiente o «control de la arbitrabilidad de la materia sometida a arbitraje», a decir de José María Roca Martínez.⁸⁴ De este modo, tanto el convenio arbitral que somete a arbitraje cuestiones que no pueden ser objeto de este mecanismo heterocompositivo es nulo, como también es nulo el laudo que se dicte sobre cuestiones que no son materia de arbitraje.

El artículo 63 de la Ley de Arbitraje, regulando respecto de las causas de anulación del laudo arbitraje, establece que:

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
[...]
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

⁸⁴ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992, p. 127.

- f. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional [...].

Sin embargo, cabe también precisar que la prohibición de arbitralidad de la situación jurídica conflictiva debe ser manifiesta, lo cual tampoco quiere decir que, necesariamente, sea expresa, sino que aun siendo tácita, sea entendida de modo claro o sobreentendida —por ser manifiesta o evidente— tal prohibición, es decir, que no genere duda alguna al respecto, pues si existiera duda, la materia controvertida debe ser arbitrable, en aplicación del principio del *favor arbitri* o *favor arbitrali* (favorecimiento del arbitraje).

3.3.3. *El convenio arbitral como manifestación jurídica de la causa-fuente del arbitraje*

a) *Delimitación conceptual y alcances del convenio arbitral*

Si filosóficamente el arbitraje encuentra su fundamento en la libertad y en la autonomía de la voluntad de la persona humana, en tanto ser racional y, por ende, libre y con dignidad, el anclaje jurídico de la libertad y de la autonomía de la voluntad en el arbitraje es el *convenio arbitral*. No es posible la existencia del arbitraje sin el convenio arbitral.

Al respecto, Antonio María Lorca Navarrete sintetiza contundentemente el asunto al afirmar que:

[E]l origen del arbitraje se ubica en el convenio arbitral. Para que se me entienda: sin convenio arbitral no puede haber arbitraje [...] En concreto, que el convenio arbitral, justificado en la autonomía de la voluntad, permite que, la controversia disponible conforme a derecho [...], pueda ser sometido a arbitraje.⁸⁵

⁸⁵ LORCA NAVARRETE, ANTONIO. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010, p. 47.

También Faustino Cordón Moreno contribuye, señalando que:

El fundamento —y la justificación— del arbitraje como institución para la solución de cuestiones litigiosas se encuentra en la voluntad de los contratantes, que aceptan previamente la decisión de los árbitros: «la autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial» (STC n.º 75/1996, de 30 de abril de 1996). Dicha voluntad es, en efecto, el hilo conductor del arbitraje, según veremos, ya que no sólo le da origen, sino que también lo informa a lo largo de todo el procedimiento, siendo escasas las normas que en la ley tienen carácter imperativo. Como ha dicho el STC n.º 259/1993 de 20 de julio de 1993, «el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición».⁸⁶

Bernardo M. Cremades reconoce al convenio arbitral como la «pie-dra angular del arbitraje», que:

[...] nace como una genuina manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica, sea o no contractual [...]. El nacimiento, desarrollo y consolidación del arbitraje en un sistema jurídico corre inevitablemente en paralelo al reconocimiento y regulación que se haga del convenio arbitral, base y cimiento sobre el que descansa toda la institución arbitral.⁸⁷

Mas, resulta necesario precisar que el *nomen juris* de «convenio arbitral», si bien es pacíficamente aceptado en la doctrina y adoptada en

⁸⁶ CORDÓN MORENO, Faustino. «Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas». *Cuadernos Civitas*. Pamplona: Thomson Reuter Limited, 2010, p. 16.

⁸⁷ CREMADES, Bernardo M. «Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: El convenio arbitral». En *Tratado de derecho arbitral. (El convenio arbitral)*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 661-675.

la mayoría de las legislaciones como la nuestra; sin embargo, no resulta la más adecuada, por cuanto en puridad, en virtud de la autosuficiencia del acuerdo arbitral y su separabilidad, lo que estrictamente constituye el acuerdo arbitral no sólo es un convenio incluido dentro de un contrato de naturaleza sustantiva, sino propiamente un contrato (de arbitraje) dentro de otro contrato.

b) Naturaleza jurídica del convenio arbitral

En cuanto a la naturaleza jurídica del convenio arbitral, la doctrina mayoritaria le reconoce naturaleza contractual. Así, José F. Merino Merchán y José M. Chillón Medina sostienen que el convenio arbitral constituye un «contrato en virtud del cual las partes interesadas en una controversia ya surgida o cuya posibilidad se prevé, confieren a una o más personas en número impar el poder de decidir sobre la misma, haciendo las veces de los órganos de la autoridad judicial del Estado».⁸⁸

Los juristas Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya sostienen que:

En el tráfico jurídico y comercial de todos los días, esto es, en la realidad, los arbitrajes se contratan, casi con absoluta mayoría, en lo que se conoce como cláusula arbitral. Esta cláusula es, pues, un contrato en toda línea. En este contrato, las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica existente entre ambas, esto es, casi para todos los efectos de la vida diaria, otro contrato del que el arbitral forma parte.⁸⁹

⁸⁸ MERINO MERCHÁN, José F. y JOSÉ M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, tomo I, 3.ª edición, pp. 251-252.

⁸⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. «Contenido y forma del convenio arbitral». En GARCÍA ASCENCIO, Frank. *Derecho arbitral*. Lima: Adrus, 2013, pp. 112-113.

Jaime Guasp agrega, a su vez, que la naturaleza jurídica del convenio arbitral es contractual, aun cuando se discuta la famosa diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral.⁹⁰

Sin embargo, hay otros autores que, sin desconocer el carácter contractual del convenio arbitral, resaltan otras particularidades como su jurisdiccionalidad y procedimentalidad para resolver el conflicto de intereses que las partes someten. Así, Alicia Bernardo San José afirma que:

El convenio arbitral, a diferencia de los que podríamos denominar contratos privados «ordinarios», tiene como finalidad específica la producción de efectos procesales, no materiales. En otras palabras, la eficacia de un convenio arbitral no altera las relaciones jurídico-materiales entre las partes contratantes, pero sí incide en la forma en que éstas van a resolver las controversias que, eventualmente, puedan surgir. Como es sabido, la finalidad primordial del convenio arbitral es excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia y obtener su resolución a través de un laudo que produzca los mismos efectos que una sentencia firme: cosa juzgada y ejecutoriedad.⁹¹

A su turno, Castillo Freyre y Sabroso Minaya critican a la autora anteriormente citada en el sentido de que:

Puede precisarse que aun cuando la autora acepta el origen contractualista privado del contrato arbitral, indica que sus efectos se producirán en una esfera procesal, en la que predominará el interés público, ya que el Estado es, en último término, el garante de una ordenada y eficaz resolución de conflictos intersubjetivos que evite la autotutela, y en la que subyace la renuncia «parcial» al derecho fundamental a obtener la tutela de jueces y tribunales. Así, de modo sintético puede decirse que serían con-

⁹⁰ GUASP, Jaime. *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 115.

⁹¹ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: s/e, p. 7.

tratos procesales todos aquellos cuyo principal efecto se produce de modo directo en el plano del proceso.⁹²

Asimismo, Juan Pablo Cárdenas Mejía aboga también por una naturaleza procesal del convenio arbitral al afirmar que:

El compromiso (arbitral) tiene ante todo un contenido procesal, en la medida que se refiere al ejercicio del derecho de acción, mientras que el contrato (principal) tiene un contenido sustancial, sin que exista por consiguiente una subordinación de lo uno a lo otro, y ello determina la autonomía.⁹³

Autores como Antonio María Lorca Navarrete van aún más lejos, distanciándose de la tesis contractualista y de la jurisdiccionalista, sostiene la tesis negocial-procesal, en virtud de la cual:

El convenio arbitral, antes que contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes —libremente expresada— de elaborar, estructuralmente, un negocio jurídico, pero no con las consecuencias propias de un contrato [contractualismo], sino impropias de un ámbito funcional, tan alejado del contractualismo, como el de la resolución —lo diré ya sin complejos— procesal de la controversia [...] La función, que asume el árbitro, es procesal pero no jurisdiccional. Es más, el arbitraje, que surge del convenio arbitral, es un ejemplo de una actividad en la que se residencia la sustantividad del proceso a través de la técnica procedimental que se prefiera pero sin que ello suponga, en modo alguno, una conceptualización jurisdiccional ni del proceso ni de las actuaciones arbitrales por lo que la resultante es simple: no toda actividad procesal necesariamente ha de ser jurisdiccional (como sucede, insisto, con el arbitraje), ni toda actividad

⁹² CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Contenido y forma del convenio arbitral». En GARCÍA ASCENCIO, Frank. *Derecho arbitral*. Lima: ADRUS, 2013, p. 115.

⁹³ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. «El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2005, p. 88.

jurisdiccional ha de ser necesariamente procesal (como sucede con numerosos actos de jurisdicción voluntaria [...]). Para mí, pues, el arbitraje justifica su naturaleza jurídica porque resuelve «controversias» y esa finalidad no se alcanza mediante su adjetivización contractual o jurisdiccional [...]. La fuente ordinaria del arbitraje es un negocio jurídico entre las partes impropio por sus consecuencias de ámbito funcional proyectado procesalmente. No hay contrato. Sólo negocio jurídico que no posee el abocamiento propio del contractualismo, sino el impropio de su funcionalidad procesal. No existe contrato. Ni, por tanto, es precisa esa adjetivación «procesal» del contrato —la de contrato procesal—. ⁹⁴

c) Principio de autosuficiencia del convenio arbitral

El convenio arbitral es la categoría unitaria que utiliza la ley de arbitraje actual, así como la anterior, y que reemplaza a las categorías confusas, arcaicas e inútiles de la «cláusula compromisoria» y el «compromiso arbitral». ⁹⁵ Pero, además, el convenio arbitral es el contrato suficiente

⁹⁴ LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. San Sebastián: Aecid-Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010, pp. 30, 37-38, 39.

⁹⁵ A este respecto, el profesor Fernando Trazegnies Grada nos recuerda lo arcaico de las figuras de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Expresa que: «[e]l Código de Procedimientos Civiles, entonces, en vigencia exigía que, luego de haber pactado una cláusula compromisoria en el contrato principal o en un documento accesorio, las partes, una vez que surgía el conflicto —esto es, cuando los ánimos estaban más beligerantes— tenían que llegar a un nuevo acuerdo llamado compromiso arbitral, para designar a los árbitros y establecer las reglas del proceso. ¡Imagínese el absurdo! En el momento más candente, cuando las partes estaban en pleno conflicto y se requería el arbitraje precisamente porque no se podían poner de acuerdo cuando menos sobre los árbitros y la materia a arbitrar. Obviamente, la parte demandada —que no tenía ningún interés en el arbitraje— simplemente, se negaba a firmar este segundo convenio a fin de dilatar la posibilidad de la parte demandante de cobrar lo que pretendía que se le adeudaba o de exigir el cumplimiento de una obligación contractual. Usualmente, objetaba, ya sea los árbitros propuestos, ya sea la redacción del compromiso arbitral en lo referente a la materia del arbitraje o a las reglas procesales a seguir. Hay que tener en

para arbitrar. Como bien señala Roque J. Caivano,⁹⁶ invocando la «autosuficiencia de la cláusula arbitral»:

En la actualidad, con algunas excepciones [...] se reconoce a la cláusula arbitral un carácter autosuficiente, en tanto produce, por sí sola, la totalidad de los efectos que se atribuyen al acuerdo arbitral, sin necesidad de que sea complementada por un nuevo pacto. Bajo este esquema, la celebración del acuerdo arbitral —sea referido a conflictos presentes o futuros— implica la sujeción de las partes a la decisión de los árbitros respecto de la materia que ellas mismas han convenido someter a juicio arbitral. La suscripción de dicho acuerdo acarrea dos efectos que le son naturales: el efecto negativo, consistente en permitir plantear la incompetencia de los jueces estatales para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje, y el efecto positivo, consistente en atribuir jurisdicción a los árbitros. Así, la validez del acuerdo arbitral no depende

cuenta que ese compromiso arbitral tenía que involucrar una suerte de demanda y contestación, porque se sostenía que los árbitros no podían actuar sin un mandato preciso de las partes, dada la naturaleza contractual del arbitraje [...].

Por cierto que de esta manera se creaba un grave *impasse* y sólo le quedaba al demandante recurrir a la vía judicial para exigir el cumplimiento de la cláusula arbitral. Como es fácil imaginar, la parte interesada en el arbitraje tenía que esperar dos años —y conozco casos que han durado muchos más— para que, en la hipótesis de que ganara este primer procedimiento (con apelaciones y demás medios dilatorios) en sede judicial, pudiera iniciar el procedimiento arbitral sobre la materia controvertida. Obviamente, en este proceso judicial previo, las malas artes de los demandados se encargaban de mezclar la discusión de lo directamente relacionado con la ejecución de la cláusula compromisoria con la materia controvertida propiamente dicha, que debía ser el objeto del futuro arbitraje, lo que llevaba a los jueces a pronunciarse sobre materias que correspondían al tribunal arbitral, aumentando la confusión. El resultado era un barro argumentativo jurídico que empantanaba todo esfuerzo por caminar hacia el arbitraje pactado [...]. (TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje». En *Thémis*, n.º 53. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

⁹⁶ CAIVANO, Roque J. *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comprada*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, p. 137.

de su inclusión o no en un contrato ni del momento en que se firma: será válido siempre que cumpla los requisitos formales y sustantivos que exija la ley aplicable.⁹⁷

d) Principio de separabilidad del convenio arbitral

Aparte de la discusión sobre su naturaleza jurídica, cabe precisar que el convenio arbitral se rige por el principio de autonomía con relación al contrato en la que se encuentra inserta, denominado también como «principio de separabilidad del convenio arbitral» o autonomía del convenio arbitral. La autonomía del convenio arbitral (o separabilidad del convenio arbitral) no es lo mismo que la autonomía del arbitraje. Claro que el principio de separabilidad del convenio arbitral tiene su sustento en el principio-derecho de la autonomía del arbitraje el cual tiene sustento constitucional. Sin embargo, la autonomía del convenio arbitral lo es en relación al contrato principal de la que forma parte o la

⁹⁷ A este respecto, José María Chillón Medina y José Fernando Merino Merchán —citado por Roque J. Caivano— agregan que: «La evolución hacia la identificación de cláusula y compromiso recubriéndolas bajo la noción común y unitaria de convenio arbitral ha estado presidida por una idea fuerza: que el arbitraje constituye —y mucho más marcadamente, como hemos tenido ocasión de ver, en el plano internacional— una institución que se pretende autosuficiente, en el sentido de no precisar, salvo casos absolutamente necesarios, del auxilio o colaboración de los órganos de la justicia estatal. Consecuencia inmediata de ello —y punto clave en el normal desarrollo de la operación arbitral— es la atribución de eficacia directa tanto sustantiva como procesal al convenio, comprensivo a su vez de las dos modalidades señaladas [cláusula compromisoria y compromiso arbitral]. La específica virtualidad del arbitraje exige también una eficacia específica del convenio arbitral; no como simple contrato; menos como precontrato o pacto de *contrahendo*. De aquí que progresivamente se haya abierto camino en el derecho positivo del arbitraje, tanto interno como internacional, la identificación de cláusula compromisoria y compromiso, como simples modalidades de la noción genérica o unitaria del convenio o pacto arbitral. Son numerosos hoy en día los ordenamientos internos que borran la distinción entre compromiso y cláusula compromisoria entronizando el concepto unitario de convenio arbitral». (CAIVANO, Roque J. *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comprada*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, pp. 137-138).

que haga referencia, mas la autonomía del arbitraje lo es en relación con otros mecanismos de solución de conflictos que puedan interferir en el arbitraje, particularmente con la función jurisdiccional.

En nuestra ley de arbitraje, el principio de autonomía del convenio arbitral se encuentra reconocido en el artículo 41.2, el cual dispone que:

El convenio arbitral que forme parte de un contrato, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral [...].

Respecto, al mismo, Carlos A. Soto Coaguila concluye que:

Conforme lo dispone la nueva ley de arbitraje, el convenio arbitral puede adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (artículo 13.2). Por lo tanto, el convenio arbitral puede estar contenido en una cláusula dentro de un contrato (obra, suministro, distribución, etc.) o puede constar en un acuerdo independiente (adenda) separado de dicho contrato. El hecho de que el convenio arbitral esté contenido en una cláusula del contrato, no debe entenderse e interpretarse que el mismo es accesorio de éste. Julio César Rivera sostiene que «la cláusula arbitral no es un accesorio del contrato principal, sino que es propiamente un contrato dentro del contrato, por lo que se predica su autonomía». Por su parte, Vidal Ramírez sostiene que «el convenio arbitral es un acto jurídico que tiene siempre el carácter de principal, conste o no en

un documento destinado exclusivamente a servirle de contenido». ⁹⁸

José F. Merino Merchán y José M. Chillón Medina nos recuerdan que el principio en comento procede del derecho de las convenciones y de la Ley Modelo, y que:

El efecto práctico de este rango es evidente: la nulidad o ineficacia del acuerdo o contrato marco donde se inserta, no afecta al convenio arbitral que tiene su propia existencia y efectos, asegurándose así su plena vigencia como instrumento de solución de conflictos. La inversa también es cierta: la nulidad del convenio no anula, obviamente, el contrato principal donde se incorpora aquél. La excepción, como hemos visto, se encuentra en los contratos de adhesión, en los que la validez y eficacia del convenio se regirán por las normas aplicables a este tipo de contratos (artículo 92). ⁹⁹

La autonomía del convenio arbitral del contrato principal o del contrato al que haga referencia resulta ser trascendental para la operatividad misma del arbitraje, pues la disposición que la recoge, permite, además, que el tribunal arbitral pueda decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que, incluso, puede versar sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato continente. Piénsese que si ello no fuera así sería muy fácil para una de las partes evitar el proceso arbitral invocando, en la vía judicial, la nulidad de todo el contrato en la que, incluso, se encuentra inserto el convenio arbitral.

⁹⁸ SOTO COAGUILA, Carlos A. y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo 1, p. 170.

⁹⁹ MERINO MERCHÁN, José F. y JOSÉ M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, 3.ª edición, p. 258.

Al respecto, el maestro Julio César Rivera, con la claridad que lo caracteriza, explica que:

El acuerdo arbitral puede formar parte de un contrato que podemos denominar *principal* y es aquél del cual habrán de surgir las controversias o disputas que causen el arbitraje; o bien, puede estar estipulado en un acto jurídico separado, coetáneo o posterior al contrato «principal», pero siempre vinculado a ese contrato «principal».

Sin embargo, la cláusula arbitral no es un «accesorio» del contrato «principal», sino que es propiamente un «contrato dentro del contrato», por lo que se predica su autonomía o separabilidad. La autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal. En otras palabras, la ineficacia del contrato, sea genética (nulidad) o sobreviniente (resolución, rescisión), no causa la ineficacia del acuerdo arbitral. El contrato de arbitraje, como negocio autónomo, no depende del contrato principal en cuanto a su validez, ni a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción para la resolución de una eventual controversia [...].¹⁰⁰

Así, en virtud de dicho principio, en primer lugar,

[...] el pacto arbitral no se ve afectado por la extinción del contrato de cual hace parte. De esta manera si el contrato principal se extingue por vencimiento del plazo, por mutuo acuerdo de las partes o por otra causa, pero si surge una controversia relativa a los efectos o al régimen de dicha extinción, será procedente aplicar el pacto arbitral para resolver dicha controversia. Igualmente, el principio de autonomía puede determinar que opere la cláusula arbitral, aun cuando el contrato no entre a producir efectos por falta de un requisito acordado por las partes. Pero, el principio de la autonomía del pacto arbitral va más allá y es allí donde realmente adquiere mayor importancia, pues de acuerdo con el mismo, la nulidad de contrato no afecta la cláusula que

¹⁰⁰ RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014; 2.^a edición actualizada, pp. 157-158.

forma parte del mismo, obviamente en la medida en que el vicio no afecte directamente el pacto arbitral [...].¹⁰¹

De este modo, la nulidad o ineficacia del contrato continente no afecta, en modo alguno, al acuerdo arbitral esté o no contenido en el contrato. En palabras de Juan Pablo Cárdenas Mejía, en virtud del principio de autonomía del pacto arbitral (como también se le conoce) éste

[...] es considerado independiente del contrato principal al cual se refiere el litigio, por lo cual el pacto arbitral no se ve afectado por los hechos que determinan la extinción e invalidez o suspenden la eficacia del contrato. De otra parte, este principio también puede conducir a que el pacto arbitral se encuentre sujeto a una ley distinta a la que regula el contrato principal e incluso, en la posición de la jurisprudencia francesa, puede no encontrarse sujeto a una ley determinada.¹⁰²

En primer lugar, el principio de autonomía del convenio arbitral

[...] se funda en la necesidad de asegurar la eficacia del pacto arbitral y evitar que, a través de la simple invocación de una nulidad, que puede no estar fundada y, además, puede no apreciarse a primera vista, que una parte pretenda sustraerse al pacto arbitral que ha celebrado [...] cuando en un contrato se incluye un pacto arbitral, en el fondo se realizan dos actos jurídicos, el contrato principal y el pacto arbitral. Desde este punto de vista, el principio de autonomía es un desarrollo de la doctrina y jurisprudencia que señala que en un mismo documento pueden coexistir dos contratos, bien sea totalmente independientes o con dependencia recíproca o unilateral.¹⁰³

¹⁰¹ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. «El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral». En: *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2005, p. 90.

¹⁰² CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Ob. cit.*, p. 79.

¹⁰³ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Ob. cit.*, p. 86.

En segundo lugar, si se ha afirmado que el convenio arbitral constituye un acuerdo distinto al contrato principal del que forma parte o al cual se refiere, entonces, no hay duda de que el contrato y el convenio arbitral pueden someterse a leyes distintas. Como afirma Fernando Aguilar:

En definitiva, esta vertiente alude a la distinción que puede presentarse entre leyes aplicables a la cláusula arbitral y al contrato o relación jurídica que la contiene, y tiene importancia, por ejemplo, cuando cierta materia resulta arbitrable en el derecho nacional de un país, cuya ley las partes han elegido para su aplicación a los derechos emergentes del contrato, y no es arbitrable en el país de la sede del tribunal arbitral. [...]. En su versión extrema, la autonomía normativa postula la total desvinculación o 'deslocalización' de la cláusula arbitral y, por ende, del procedimiento arbitral, respecto de cualquier ordenamiento jurídico nacional.¹⁰⁴

En tercer lugar, otro aspecto que debe tenerse en cuenta con respecto a la autonomía del convenio arbitral es su separabilidad con respecto al contrato que, a su vez, surge entre las partes y el árbitro o el tribunal arbitral. Como afirma Cárdenas Mejía:

Es claro que dicho contrato y el pacto arbitral son independientes, pues el pacto arbitral determina el objeto del litigio, en tanto que el contrato con el árbitro determina la misión de éste [...] aun antes de haberse celebrado el contrato con el árbitro, el pacto arbitral produce efectos, como es la incompetencia del juez ordinario. El pacto arbitral existe, por consiguiente, antes de que exista el convenio con el árbitro. De otra parte, aun en el caso en que el pacto arbitral no sea válido, puede existir el convenio

¹⁰⁴ AGUILAR, Fernando. «La autonomía del acuerdo arbitral». En *Tratado de derecho arbitral. (El convenio arbitral)*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 26-27.

con el árbitro, el cual le permitirá al mismo actuar y declararse incompetente.¹⁰⁵

En suma, el convenio arbitral es uno de los fundamentos *ius*-formales del arbitraje. No hay posibilidad de actuación válida de la justicia arbitral con un convenio arbitral inexistente o cuando éste sea nulo, inválido, ineficaz o anulable. La validez del convenio arbitral determina, a su vez, la validez del procedimiento y del laudo arbitral.

Ello es así por cuanto el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, regulando respecto de las causales de anulación del laudo arbitraje, establece que:

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz [...].

En nuestro ordenamiento jurídico, la actual ley de arbitraje regula el convenio arbitral en los siguientes términos:

Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.
2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

¹⁰⁵ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Ob. cit.*, p. 101.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

Como bien señala Carlos A. Soto Coaguila:

Nótese que es el acuerdo de las partes (contenido en el convenio arbitral) el que constituye la partida de nacimiento del arbitraje, por lo que deberá entenderse que su sola celebración es requisito suficiente para arbitrar.¹⁰⁶

¹⁰⁶ SOTO COAGUILA, Carlos A. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 154.

El convenio arbitral es —a decir de Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán— «un contrato a toda línea» en el que «las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica existente entre ambas, esto es, casi para todos los efectos de la vida diaria, otro contrato del que el arbitraje forma parte».¹⁰⁷

Y, como precisa Soto Coaguila:

Como el convenio arbitral es un contrato, se le aplican *mutatis mutandi* los principios contractuales de: (i) la autonomía privada (toda persona tiene libertad para contratar y libertad para pactar los términos del contrato), (ii) el *pacta sunt servanda* (los contratos son obligatorios y son ley privada entre las partes) y (iii) el efecto relativo de los contratos (debido a que los contratos sólo generan efectos entre las partes y no pueden afectar a terceros).

En consecuencia, el convenio arbitral será obligatorio sólo para las partes que han expresado su consentimiento (expreso o tácito) de someter sus controversias al fuero arbitral.

Una vez celebrado un convenio arbitral, las partes contratantes están obligadas a:

- Someter sus controversias a un proceso arbitral (obligación de hacer).
- Cumplir con los mandatos impuestos en el laudo arbitral (obligación de hacer).
- No acudir a los tribunales judiciales para resolver sus controversias, pues al celebrar el convenio arbitral han renun-

¹⁰⁷ CASTILLO FREYRE, Mario, RITA SABROSO MINAYA, LAURA CASTRO ZAPATA y JHOEL CHIPANA CATALÁN. *Comentarios a la ley de arbitraje. Primera parte*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-ECB Ediciones, 2014, vol. 25, p. 249.

ciado a la competencia del Poder Judicial (obligación de no hacer).¹⁰⁸

Así, una primera consecuencia jurídica de la celebración del convenio arbitral es la exclusión del conflicto arbitrable de la función jurisdiccional y su pleno sometimiento al arbitraje. La controversia materia del convenio puede ser existente o uno futuro. También, como señala la profesora española Silvia Gaspar Lera, la relación jurídica de donde puede provenir el conflicto de intereses materia de arbitraje puede ser un contrato o tratarse de obligaciones que tienen su fuente en la ley, los cuasi contratos, o el ilícito penal o civil.¹⁰⁹ O bien —como señalan Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán— «se pueden someter a arbitraje relaciones jurídicas no contractuales, es decir, declaraciones unilaterales de voluntad de cualquier índole o naturaleza, tanto de carácter *inter vivos* como *mortis causa*».¹¹⁰

Respecto de la manifestación de voluntad formante del convenio arbitral y la forma que debe adoptar tal manifestación de voluntad, debe precisarse que, en tanto acto jurídico que es el convenio arbitral, éste debe reunir los requisitos generales para la validez de todo acto jurídico (artículo 140 del Código Civil), así como los requisitos específicos requeridos para la validez del contrato (artículo 1351 y siguientes del Código Civil). La Ley de Arbitraje establece también ciertas prescripciones específicas relacionadas —a nuestro entender— con la existencia del convenio arbitral.

¹⁰⁸ SOTO COAGUILA, Carlos A. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (Coodinadores); Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 155.

¹⁰⁹ GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Arazandi, 1998, p. 63.

¹¹⁰ CASTILLO FREYRE, Mario; RITA SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y JHOEL CHIPANA CATALÁN. *Comentarios a la ley de arbitraje. Primera Parte*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-ECB Ediciones-Thomson Reuters, 2014, vol. 25, p. 254.

En este sentido, el citado artículo 13 de la Ley, al disponer que «el convenio arbitral deberá constar por escrito» y no disponer su inobservancia con sanción de nulidad, y luego precisar una serie de supuestos de existencia de dicha escrituralidad, no hace más que optar por la exigencia de una formalidad *ad probationem* (es decir, una forma que constituye sólo un medio de prueba) y no *ad solemnitatem* (una forma solemne que su inobservancia es sancionada con nulidad).

Como bien afirma Soto Coaguila:

[C]on la nueva LA [Ley de Arbitraje] ya no se debe cumplir con una formalidad solemne para celebrar el convenio arbitral, únicamente se requiere el consentimiento (acuerdo) de las partes de someter a arbitraje sus controversias presentes o futuras [...] Así, las partes pueden celebrar un convenio arbitral verbalmente, por medios electrónicos o por mensaje de voz, lo importante hoy día será probar la existencia del consentimiento de las partes. El término «escrito» contenido en el artículo 13.1 de la nueva LA, no debe interpretarse como sinónimo de «firmado» o «escritura pública».¹¹¹

A su turno, Fernando Cantuarias Salaverry y Roque J. Caivano —comentando esta disposición normativa— precisan que:

Esta norma, cuya fuente ostensible es la «Opción I» del artículo 7 de la Ley Modelo de Uncitral enmendada en 2006, supone ampliar de tal manera la noción de «escritura», que quede comprendida en ella cualquier forma de registración del acuerdo de voluntad entre las partes. Ello así, será válido un acuerdo arbitral celebrado verbalmente, siempre que se deje constancia de su contenido. Se privilegia, pues, la existencia comprobable de un acuerdo de voluntad entre las partes, por encima de cualquier requisito formal. No sólo se elimina la exigencia de firma de las partes y del intercambio de comunicaciones entre ella, sino

¹¹¹ SOTO COAGUILA, Carlos A. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 168.

que se amplía la definición al punto de considerar que «escrito» significa también «no escrito». Aunque sigue siendo necesario que exista algún medio de prueba que permita constatar la existencia de la voluntad, la «forma» requerida por la LA dejó de ser un requisito *ad solemnitatem* para convertirse en un requisito *ad probationem*. El principal efecto de la norma en comentario, es que se da preeminencia al contenido por sobre el continente: en tanto que cumpla la principal finalidad que se atribuye a la forma en el moderno derecho de los contratos (dar seguridad a los actos, constatar la presencia del individuo al realizar el acto y registrar su voluntad; en suma, ser «objetivamente reconocible y valorable»), el acuerdo arbitral será válido.¹¹²

José F. Merino Merchán y José M. Chillón Medina precisan que:

[E]l convenio puede formar parte de una cláusula incorporada a un contrato —lo que ocurre con mayor frecuencia— o mediante acuerdo independiente (artículo 9.1). Este segundo caso suele producirse en dos supuestos: a) cuando las partes, aun no habiéndolo previsto, opten resueltamente por el arbitraje en evitación de los tribunales de justicia; o b) cuando se trata de arbitrajes de consumo y las partes acuden al arbitraje común, en cuyo caso el convenio debe firmarse de forma independiente y por separado al contrato principal.¹¹³

Jorge Santistevan de Noriega señala que:

[...] Basta leer el artículo 13 de la nueva ley para convencerse de que no solamente se consagra una definición más profunda del convenio arbitral, sino que se determina el contenido, la forma y los efectos que de él se derivan sujetando la existencia de dicho

¹¹² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». En *Revisa Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna Editores, 2008, n.º 7, pp. 57-58.

¹¹³ MERINO MERCHÁN, José F. y JOSÉ M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006; 3.ª edición, pp. 258-259.

convenio, no a la solemnidad escrita sino a su comprobación por otros medios, que es la esencia de la naturaleza *ad probationem*. Así, para la nueva norma, por ejemplo, la exigencia de forma «escrita», aun cuando persiste, no es literal, pues quedar satisfecha «cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio». Del mismo modo, dicha exigencia queda satisfecha como «cuando se cursa una comunicación electrónica y la comunicación en ella consignada, es accesible para su ulterior consulta». Se ha ampliado, entonces, la noción de «escritura», resultando válido afirmar que se encuentra comprendida dentro de ella «cualquier forma de registro» del acuerdo de voluntad entre las partes para demostrar *a posteriori* que existe un convenio arbitral que compromete jurídicamente a quienes lo celebraron. [...], la naturaleza *ad probationem* que admite actualmente la ley peruana contribuye mejor a la eficacia del arbitraje y a la inevitabilidad de sus consecuencias que constituyen las vigas maestras de la construcción del nuevo cuerpo normativo peruano.¹¹⁴

e) Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias

Otra cuestión que resulta necesario tener en consideración es la «extensión del convenio arbitral a partes no signatarias». La ley de arbitraje dispone que:

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, 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 esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

¹¹⁴ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la inevitabilidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna Editores, 2009; n.º 8, pp. 19-21.

Como afirma Alfredo Bullard González:

Desde el punto de vista legislativo, el artículo 14 es una novedad a nivel mundial. No existe ninguna otra ley o cuerpo normativo que recoja una norma como la indicada. Sin embargo, no es una absoluta novedad porque los principios contenidos en la norma, están recogidos en diversa jurisprudencia arbitral y judicial y en la doctrina, como lo veremos más adelante.¹¹⁵

Esta disposición normativa debe ser adecuadamente entendida, a fin de ser aplicada correctamente. En principio, siendo el convenio arbitral un contrato se tiene, entonces, que les es aplicable tres principios claves en la contratación moderna: *pacta sunt servanda*, *lex inter partes* y *res inter alios acta*.

Como señala Jorge Santistevan de Noriega:

El primero (*pacta sunt servanda*) tiene relación con la autonomía de la voluntad que se configura como el elemento esencial sobre el que reposa todo el contrato: el acuerdo de voluntades. En el caso del convenio arbitral: el consentimiento de someter las controversias a arbitraje renunciando a la jurisdicción común en manos del Poder Judicial.

Como consecuencia de lo anterior, lo pactado (que, en principio, recoge el consentimiento de las partes) se convierte en ley entre ellas, que debe ser rigurosamente respetada (*lex inter partes*).

El tercer principio, (*res inter alios acta*), consiste en que el contrato solamente resulta obligatorio y produce efectos vinculantes entre las partes que lo celebraron (y sus herederos), lo que excluye de dicho vínculo obligacional a los terceros o ajenos al negocio jurídico pactado. Así lo consagra el artículo 1363 del Código

¹¹⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 201.

Civil que señala que «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos [...]».

En términos del derecho civil, esto se conoce como el efecto relativo del contrato, que obliga a admitir que el impacto directo del contrato recae exclusivamente sobre las partes, que como consecuencia de ello, adquieren —lo señala De la Puente y Lavalle— un *status* determinado de acreedor y deudor de los derechos u obligaciones contractuales. En nuestro caso, del convenio arbitral, esta consecuencia «directa» que garantiza el involucramiento de las partes en el arbitraje, coincide con el «efecto positivo» del convenio arbitral que se traduce en el derecho que tiene cada una de las partes de exigir que las controversias se sometan a arbitraje [...]

La doctrina arbitral ha establecido que el convenio arbitral, ‘vincula a las partes, pero sólo a ellas. El principio *res inter alios* brilla aquí en todo su esplendor. En consecuencia, no puede plantearse un proceso arbitral respecto de quienes no han sido partes en la convención de arbitraje [...]».¹¹⁶

Siendo ello así, cuando la doctrina entiende el artículo en comento como extensión del convenio arbitral a «partes no signatarias», importa que el convenio se extienda en sus efectos también a «partes» que no lo han firmado. Partiendo de su significado gramatical, «signatario» (de signar: «firmar») es expresión que alude a «una persona: que firma».¹¹⁷

En éste debe entenderse que el convenio arbitral, en tanto contrato que es, y, por ende, un acto proveniente del ejercicio de la libre voluntad, no puede surtir efectos respecto a terceras personas, sino sólo sobre las partes. Sin embargo, dada la naturaleza flexible y no formal estricta del convenio arbitral debe entenderse que existen dos tipos de partes: el signatario (parte signataria) y el no signatario (parte no signataria),

¹¹⁶ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna Editores, 2009, n.º 8, pp. 28-30.

¹¹⁷ Definición que se halla en el *Diccionario de la Real Academia Española*. Barcelona: Espasa, 2014, 23.ª edición, edición del tricentenario, p. 2009.

es decir, aquella parte que firma el convenio y aquella parte que, no obstante, tener tal condición de «parte», por alguna razón no firmó el convenio. La parte que ha firmado el convenio es fácil identificarla; sin embargo, no cualquier persona o sujeto puede ser considerado «parte» no signataria, sino aquéllas respecto de las cuales es posible presumir su consentimiento en el convenio, «basándose en distintas conductas o circunstancias anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, [...] todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de buena fe».¹¹⁸

El artículo 14 de la Ley importa la extensión del convenio arbitral a aquéllos que, no obstante no haber firmado el convenio, sin embargo, su «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 esté relacionado».¹¹⁹

Como bien afirman Fernando Cantuarias Salaverry y Roque J. Cai-vano:

Esta regla [artículo 14], que no significa romper con el principio básico conforme al cual el arbitraje es estrictamente voluntario, implica que, dadas ciertas circunstancias de hecho particulares, es posible considerar que alguien ha expresado su conformidad a someterse a arbitraje, aun en ausencia de una expresa y formal aceptación. Priorizando la realidad sobre la forma o la mera apariencia, la LA reconoce —en sintonía con la ampliación del concepto de «convenio arbitral escrito» que hemos co-

¹¹⁸ *Comentarios a la ley de arbitraje*, primera parte, a cargo de Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-ECB Ediciones, 2014, vol. 25, p. 279.

¹¹⁹ CASTILLO FREYRE, Mario, RICARDO VÁSQUEZ KUNZE y RITA SABROSO MINAYA. *Comentarios a la ley de arbitraje. Primera parte*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-ECB Ediciones, 2014, vol. 25, p. 283.

mentado— que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el consentimiento para someterse a arbitraje. Dicho de otra manera: el solo hecho de que alguien no haya sido firmante directo del convenio arbitral no impide que, con base en la buena fe y tomando en cuenta la participación que —de hecho— hubiese tenido en el contrato o su pretensión de invocar derechos o beneficios derivados del mismo, pueda verse obligado por sus efectos. La norma en comentario, con una lógica impecable, sólo predica que la mera circunstancia de no haber sido —en sentido formal— parte en el acuerdo arbitral no significa —necesariamente— un impedimento para invocar el convenio arbitral o para que éste sea oponible. Aunque, claro está, ello requerirá la demostración de ciertos presupuestos de hecho que la misma norma señala.¹²⁰

El artículo 14 en comento tiene, precisamente, el propósito de identificar tales sujetos o personas:

- a) Aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, 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 esté relacionado; y,
- b) Aquéllos quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Como señala Alfredo Bullard González:

[N]o es intención del artículo 14 autorizar a traer a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no resulta posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar de que no firma el mismo. A quien se trae al

¹²⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: Un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna Editores, 2008; n.º 7, pp. 60-61.

arbitraje y se hacen extensivos los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria.¹²¹

Como también señala James A. Graham:

[N]o cabe duda de que un tercero a un acuerdo arbitral, ¡simplemente no puede ser atraído a un arbitraje! De lo que habla la doctrina es, en realidad, el problema de los no-firmantes de un acuerdo arbitral. En otras palabras, una parte que no ha firmado la cláusula compromisoria, ¿puede ser obligada a arbitraje?¹²²

Pablo Mori Bregante y Giuseppe Galluccio Tonder expresan que:

[E]l artículo 14 del DLA no debe ser leído como si su intención fuera introducir a un «tercero» al arbitraje, pues como vimos ello es incompatible con la naturaleza contractual del convenio. Por el contrario, el supuesto de dicho artículo consiste en que alguien es parte del convenio arbitral, a pesar de no haberlo firmado y su consentimiento se deriva tácitamente de su propia conducta. A quien se incorpora y se hacen extensivos los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una «parte no signataria».¹²³ De eso trata el artículo 14, de formas de identificar otras «partes», distintas a las que firmaron físicamente el convenio arbitral.

En ese sentido, «uno de los más importantes aportes de la ley peruana es la extensión del convenio arbitral a las partes que, pese a no haber suscrito el convenio son parte de él, en tanto existen circunstancias que así lo permiten». Por ello, «en lo que esta interpretación puede considerarse “innovadora” es en hacer flexible la parte formal del principio: a la vista de ciertas circuns-

¹²¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011; tomo I, p. 209.

¹²² GRAHAM James A. «La “falsa” extensión del acuerdo arbitral a terceros: El ejemplo de México». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna Editores, 2008, n.º 7, p. 173.

¹²³ El subrayado que se advierte en esta cita es hecha por el autor citado.

tancias de hecho particulares, priorizando el fondo, la realidad, por sobre la forma o la mera apariencia, considera que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el consentimiento para someterse a arbitraje».¹²⁴

Alfredo Bullard González también señala que:

Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ése es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El artículo 14 permite la incorporación de «partes no signatarias»; es decir, de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de buena fe.

Entonces, no estamos, en realidad, frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación al convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito de validez), sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria.¹²⁵

Como también señala Alfredo Bullard González, los «Elementos para la aplicación del artículo 14», son: a) el consentimiento; b) la buena

¹²⁴ MORI BREGANTE, Pablo y Giuseppe GALLUCCIO TONDER. «El juego de las máscaras. La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades». En *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Bullard González, Alfredo (ed.). Lima: Palestra Editores, 2016, p. 133.

¹²⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de Ley Peruana de Arbitraje». En *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Bullard González, Alfredo (ed.). Lima: Palestra Editores, 2016, p. 103.

fe; c) la participación activa y determinante del no signatario; d) la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato.

Así, con respecto al consentimiento, precisa que:

[E]l artículo 14 no persigue la incorporación al arbitraje de personas que no han consentido al mismo. Es, justamente, lo contrario. Persigue determinar qué supuestos pueden ser entendidos como forma de consentimiento a arbitrar, incluso, en casos en que el consentimiento no se ajuste a los requisitos requeridos en la legislación contractual común para el perfeccionamiento de un contrato [...]. De esta manera, el artículo se enmarca dentro de la tendencia de la jurisprudencia y la doctrina, que se orienta, precisamente, a buscar cómo la persona pudo consentir, así no haya firmado el convenio o, incluso, no haya participado necesariamente en su celebración.¹²⁶

Con relación al elemento «buena fe», señala que:

El artículo acude en ayuda del intérprete y le indica que la interpretación sobre la existencia del consentimiento debe hacerse según las reglas de la buena fe. Con ello se evitó tener que hacer una enumeración exhaustiva de supuestos, quedando una norma general, donde el estándar de lealtad se convierte en un mecanismo de interpretación [...].¹²⁷

En cuanto al elemento «participación activa y determinante»:

El consentimiento no se deriva de cualquier participación. Actos de mera asesoría o de apoyo no pueden tener como consecuen-

¹²⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 212 y 213.

¹²⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 213.

cia ser considerados como formas de consentir. No es cualquier participación. Es una participación de tal naturaleza que de ella se derive una relevancia significativa en los hechos o asuntos que terminan siendo objeto de arbitraje. La conducta debe generar la sensación clara que sería injusto e inadecuado dejar a la persona fuera del arbitraje, y que permitir evadir sus consecuencias sería consentir en una conducta fraudulenta [...]. No sólo la conducta debe ser relevante, sino vinculada al contenido contractual. No es una conducta satelital al contrato, sino referida al contrato mismo. Los casos de ejecución parecen los más claros. Si la parte que se pretende traer a arbitraje ejecutó en parte o en el total de las obligaciones, podrá ser traída al arbitraje [...].¹²⁸

Cristian Conejero Roos y René Irra de la Cruz expresan, por su parte, que:

Una segunda distinción acaso evidente y, sin embargo, inductiva a permanentes errores y confusiones radica en el uso de la expresión «extensión a terceros no signatarios», pues la idea de tercero parece aludir a una persona que permanece fuera del alcance del contrato, a la cual se le extiende el convenio arbitral. William Park lo nota acertadamente cuando dice que «extensión» de una cláusula arbitral sugiere erradamente la idea de una imposición de una obligación más allá del círculo de quienes han acordado someterse a arbitraje, en circunstancias que el consentimiento sigue siendo la piedra angular del arbitraje.

El error resulta de una doble confusión. Primero, cuando se habla de extensión, en realidad, se quiere hablar de alcance. En estricto rigor no se está extendiendo una cláusula arbitral a quien no es parte de la misma, sino que se está determinando, más allá de la forma del contrato y de quienes lo han firmado, quiénes son realmente las partes vinculadas

¹²⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 213.

por el convenio arbitral, delimitando así el alcance *rationae personae* o subjetivo de dicho convenio.

Así, la idea de extensión sólo cobra sentido si se mira como una extensión más allá de la forma del contrato y de las partes que lo han firmado, pero no como una extensión del alcance natural del convenio arbitral que sigue siendo el mismo. Segundo, porque el término «tercero» en este contexto es incorrecto, dado que si el análisis lleva a la conclusión de que un individuo o entidad no signataria ha consentido en quedar vinculada por el convenio arbitral, se trata de una auténtica parte del mismo y no de un tercero.

Así, en aras de mantener la consistencia con el uso generalizado del término «extensión del convenio arbitral», hemos optado por mantener este concepto, aunque con el alcance antes citado y referido, en todo caso, a «partes no signatarias», pero no a «terceros».

La problemática de terceros ajenos al convenio arbitral, pero que puedan tener interés en el arbitraje, es distinta y supone, más bien, problemas de orden procesal, pero no relacionados con el requisito sustantivo de existencia de consentimiento, precisamente, porque tales terceros no han consentido con las partes del contrato que contiene el convenio arbitral en someter sus disputas a arbitraje.

Tal puede ser, por ejemplo, el caso de un subcontratista que puede sufrir un perjuicio si el propietario de la obra pone término al contrato de construcción pactado con el contratista principal o si no le concede al mismo un plazo adicional para la conclusión de una determinada etapa de la obra, pero en la medida que el subcontratista tenga un contrato distinto con el contratista que contenga su propia cláusula de resolución de controversias, no estaremos, en estricto rigor, en presencia del problema de extensión del convenio arbitral a una parte no signataria.

Lo mismo ocurre en el caso del subarrendatario, en caso de disputas entre el arrendador y el arrendatario, bajo el contrato de arriendo del cual el subarrendatario no es parte. Mas remotamente, también puede ser el de un arrendatario de un local comercial que tiene interés directo en la interpretación de una cláusula de fuerza mayor insertada en un contrato idéntico, suscrito por su vecino, también arrendatario de un local colindante con el mismo arrendador.

En todos estos casos se trata de verdaderos terceros ajenos al contrato que contiene el convenio arbitral, pero que tienen un evidente interés en el resultado de un eventual litigio, sea en cuanto tendrían interés en tener algún grado de participación procesal en el arbitraje en curso, o por el efecto reflejo que dicha resolución pueda tener en el marco de sus propias relaciones contractuales, las cuales constituyen cuestiones procesales que escapan al ámbito de nuestro análisis.

Lo que es evidente es que el artículo 14 de la LAP no pretende regular la situación procesal de tales terceros y quienes pretenden atribuirle ese efecto no sólo se equivocan gravemente, sino que permiten abrir una caja de Pandora tremendamente peligrosa que podría terminar en desnaturalizar por completo el sentido y alcance del referido precepto.

En este sentido, concordamos con Bullard y Soto que sostienen que muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje, lo cual constituye un error conceptual que escapa al contenido del artículo 21. Los mismos autores ahondan al señalar que no es intención del artículo 14 autorizar a traer a un tercero al arbitraje, lo cual no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar de que no firma el mismo.¹²⁹

¹²⁹ CONEJERO ROOS, Cristian y René IRRÁ DE LA CRUZ. «La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: Algunas lecciones del derecho comparado». En *Lima Arbitration*, Revista del Círculo Peruano de

3.3.4. La independencia e imparcialidad de los árbitros como garantía de una debida justicia arbitral

La independencia e imparcialidad del árbitro es un principio-derecho necesario, que contribuye al cumplimiento de los fines del arbitraje como instrumento al servicio de la justicia. Es, en realidad, una cuestión básica para la operatividad justa y debida de cualquier mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos.

La ley de arbitraje consagra este principio en los siguientes términos:

Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral

1. En los asuntos que se rijan por este decreto legislativo no interviene la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones [...]
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, así como no poseer las calificaciones convenidas por las partes o las establecidas por el reglamento de la institución arbitral o las exigidas por la ley¹³⁰.
4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Esta disposición normativa requiere ser explicada, partiendo en principio, de la delimitación conceptual de las categorías «independencia» e «imparcialidad». En este cometido, Félix Almazán Lafuente —citado por Antonio María Lorca Navarrete— expone el concepto usual de ambas categorías:

[G]eneralmente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud del árbitro necesariamente subjetiva frente a la controversia que se le plantea. Ésta última debe entenderse fundamentalmente —dice— como un deber ético esencial del árbitro. La independencia depende de relaciones pasadas o presentes con las partes que puedan ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental y por tanto más difícil de evaluar. Ahora bien, el requisito de la independencia no garan-

¹³⁰ Inciso modificado por Decreto Legislativo n.º 1231, publicado el 26 de septiembre del 2015.

tiza en sí mismo la imparcialidad del árbitro, ya que incluso un árbitro independiente puede ser parcial.¹³¹

También el profesor Carlos Matheus López contribuye con la distinción al expresar que:

Tradicionalmente, se considera que la independencia es un elemento, principalmente, objetivo, que se aprecia en relación con vínculos factuales, mientras que la imparcialidad es en esencia subjetiva y se observa en función de predisposiciones intelectuales. O lo que es lo mismo, la independencia —de carácter objetivo— se refiere a la posición o situación del árbitro, en tanto que la imparcialidad —de carácter subjetivo— viene referida a una actitud de orden intelectual o psíquico. Por lo cual, cabe afirmar que la independencia, reducida a una noción objetiva, consiste, básicamente, en una situación de no dependencia respecto a una parte. En tanto la imparcialidad, como noción subjetiva, importa el no ser parcial, esto es, no demostrar una prevención dejándose invadir o dominar por opiniones preconcebidas y factores extraños a los méritos del caso.¹³²

El profesor Lorca Navarrete, apartándose de la noción usual de tal distinción, expone una noción propia de la misma al afirmar que:

La «independencia» del árbitro «no es funcional o de cometidos en orden a laudar». El árbitro «independiente» es quien, al margen de las partes y de la controversia; y, por tanto, en un ámbito no funcional o de cometidos en orden a laudar «no admite influencia o intervención ni objetiva, ni subjetiva».

En cambio, la «imparcialidad» del árbitro «es funcional o de cometidos en orden a laudar». Por ello, la «imparcialidad» puede ser o bien «subjetiva» que supone que, en orden a su «función o cometido» de laudar, el árbitro no posee ningún tipo de relación

¹³¹ LORCA NAVARRATE, Antonio María. *La garantía de los sujetos del arbitraje y su jurisprudencia*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010, p. 50.

¹³² MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje doméstico e internacional*. Lima: Palestra Editores, 2016, pp. 179-180.

con las «partes». Y puede ser también «objetiva» que implica, por su parte, que el árbitro con el fin de acometer su «función o cometido» de laudar, no posea ningún tipo de relación, esta vez, con la controversia.

Finalmente, el profesor Matheus López —siguiendo la doctrina francesa— expone la noción compleja de carácter unitario con respecto a dicha distinción, afirmando que:

A pesar de su diferente terminología, las palabras independencia e imparcialidad describen dos facetas de un mismo elemento, donde la primera se relaciona más a las partes, en tanto que la segunda se vincula con el fondo del litigio. No se trata, pues, de un sistema binario, como ya lo demostró el derecho francés — como también el suizo—, cuyos tribunales emplean el concepto de «independencia de espíritu» que se relaciona tanto a las partes como a su controversia.

Se trata, pues, de conceptos muy similares, y pese a que la terminología es diferente, es muy probable que las palabras posean casi el mismo significado jurídico. Además, se observa claramente una parcial coincidencia entre la independencia y la imparcialidad arbitral, o, lo que es lo mismo, estos términos poseen un ámbito común que hace difícil una distinción clara y definitiva, lo que ha llevado a que algunos derechos nacionales traten a la independencia casi como sinónimo de la imparcialidad, empleándolos de forma intercambiable, pues es probable que estas palabras mágicas se hayan convertido en un pleonismo o, lo que es lo mismo, expresan un concepto híbrido y no de exigencias distintas y disociables. Esto es, importan dos caras de la misma moneda que, generalmente, se emplean como un solo paquete, o, si se quiere, como una expresión técnica conjunta.

Asimismo, la distinción entre ambos términos desde una óptica teológica, relativa al laudo arbitral, no posee eficacia alguna, pues el laudo debe ser sólo imparcial, no pudiendo imaginarse un laudo que no sea independiente.

Es por ello que los diversos derechos nacionales, como los reglamentos de importantes instituciones arbitrales, utilizan como fórmula —casi apotropaica— bien ambos términos (siguiendo el Modelo de la Cnudmi) o, indistintamente, sólo uno de ellos, o bien expresiones equivalentes o más amplias, puesto que un único término «puede servir de noción genérica que englobe todas las situaciones donde la independencia, la imparcialidad, la neutralidad o la objetividad no estén aseguradas».¹³³

Nosotros consideramos, particularmente, que el significado prístino de ambas categorías debemos hallarlo en el Diccionario de la Real Academia Española. Así, el término «independiente», dicho de una persona, significa: «que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena». E, «imparcialidad» significa «falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud».

Así, con relación a la función arbitral se puede afirmar que la independencia del árbitro constituye un principio y un derecho, tanto del árbitro como de los sujetos partícipes en el procedimiento arbitral, conducente a exigir y garantizar que el árbitro, en el cumplimiento de sus funciones, se conduzca ajeno a cualquier situación que genere relación o estado de dependencia con alguna de las partes o terceros.

La imparcialidad, en cambio, vendría a ser netamente una exigencia atribuible al árbitro, consistente en que éste emita las decisiones en el caso concreto de su conocimiento, con neutralidad respecto a las partes y a la controversia misma.

Así, se puede afirmar que la independencia constituye una exigencia genérica sin necesidad de referencia a un caso concreto; la imparcialidad (que de por sí contiene la garantía de la independencia) está más referida a la neutralidad para resolver o decidir en el conocimiento de un

¹³³ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje doméstico e internacional*. Lima: Palestra Editores, 2016, pp. 182 y 183.

caso arbitral concreto. En puridad, ambas exigencias se complementan. La función arbitral justa y debida exige de la independencia del árbitro, y tal función concretizando en cada caso específico exige que las decisiones que adopte el árbitro o tribunal arbitral gocen de imparcialidad.

Ahora bien, con respecto a la operatividad de ambos derechos (independencia e imparcialidad) en el proceso arbitral, se encuentran garantizado por el «deber de revelación o de declaración» que el árbitro tiene de «revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia».

Como bien afirman Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán:

El deber de declaración se extiende en el tiempo desde el momento en que se acepta el arbitraje hasta la finalización del mismo. El árbitro deberá revelar —en cualquier estado del proceso— cualquier hecho o circunstancia que corresponda a la naturaleza de los hechos o circunstancias que se deben revelar dentro de los alcances del inciso 1. Es decir, deberá «permanecer» independiente e imparcial.¹³⁴

Y también les asiste a las partes, en cualquier momento del arbitraje, el derecho de pedir a los árbitros la aclaración respecto de sus relaciones (de los árbitros) con alguna de las otras partes o con sus abogados. Y, ello en tanto la parte no cuenta con información suficiente al respecto, y que teniéndola a partir de lo que el árbitro le proporcione o absuelva o aclare pueda sentirse la parte peticionante, garantizando con tales derechos o bien, a fin de que adopte una decisión respecto a la certeza —para él— de la falta de independencia o imparcialidad del árbitro.

¹³⁴ CASTILLO FREYRE, Mario, RITA SABROSO MINAYA, LAURA CASTRO ZAPATA y JHOEL CHIPANA CATALÁN. *Comentarios a la ley de arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-ECB Ediciones y Thomson Reuters, 2014, vol. 25, primera parte, p. 481.

Es así que en caso de que el árbitro no efectúe tal declaración, o en el caso de que la parte o partes tengan certeza respecto a la vulneración de los derechos de independencia e imparcialidad del árbitro o árbitros, puede ejercitar este otro derecho denominado «recusación», mediante el cual las partes pueden cuestionar la intervención del árbitro o que éste continúe en el conocimiento de la causa «si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley».

A este respecto, nos recuerda Fernando de Trazegnies Granda que las situaciones que puedan vulnerar o poner en duda la independencia e imparcialidad de los árbitros son, en general, identificadas como casos de «conflicto de intereses» y constituyen motivos de abstención y de recusación de los árbitros.

Sin embargo, la ley de arbitraje no ha precisado los casos taxativos de existencia de tales conflictos. En el caso de arbitrajes institucionales no existen problemas mayores por cuanto las institucionales a cargo, incluyen en sus reglamentos normas específicas al respecto. Algunas de estas instituciones tienen además Códigos de Ética que precisan, en mayor grado, este tipo de circunstancias.¹³⁵ Sin embargo, el problema mayor se da con el arbitraje *ad-hoc*. Consideramos que, en tales casos, corresponde a los árbitros actuar con la rectitud y entereza que el cargo exige.

Sin embargo, De Trazegnies Granda recomienda, para la identificación de casos de recusación y abstención, los lineamientos de la International Bar Association como método ingenioso y convincente:

[...] distinguen entre varias situaciones que puedan llevar a una recusación dentro de ciertas circunstancias, según el grado de

¹³⁵ Ver en *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.), 2011, tomo I, p. 341.

alerta que corresponde a cada situación presuntamente conflictiva. Así, ese documento clasifica los conflictos potenciales en los siguientes tres grandes tipos, que van de más a menos: (a) La Lista Roja contiene situaciones concretas que a cualquier tercera persona ajena al problema, pueden darle dudas justificadas sobre un árbitro respecto del caso específico, ya que existe un conflicto de interés objetivo. Fundamentalmente, esta Lista corresponde a la existencia de identidades entre árbitros y partes contrariando el principio de que nadie puede ser juez en sí mismo. En estos casos, el árbitro está obligado a inhibirse de conocer la causa; y, si no lo hace, será recusado [...]. (b) La Lista Naranja contiene situaciones que pueden ser vistas cuando menos por las partes como dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro; es decir, a diferencia de los casos comprendidos en la Lista Roja, aquí el supuesto conflicto no es objetivo, sino que puede dar lugar a desconfianza o irritación de una de las partes en el arbitraje, sensibilizada con el caso. Sin embargo, pese a no tratarse de un conflicto objetivo, el árbitro debe ponerse en la situación de las partes y hacer una declaración de las circunstancias que pudieran ser mal vistas por ellas. Pero, estas circunstancias no la habilitan automáticamente, por el contrario, ese árbitro puede quedar tácitamente legitimado si las partes no lo objetan dentro de un cierto plazo [...]. (c) La Lista Verde contiene circunstancias en las que no aparece ningún conflicto actual desde el punto de vista de un observador imparcial. Por consiguiente, el árbitro no tiene obligación de declarar nada. Como puede verse, la Lista Roja corresponde a casos en los que notoriamente existe un conflicto de interés, visto por cualquier tercero. En el otro extremo, la Lista Verde describe aquellos casos que no deben ser confundidos con conflictos de interés. Y la Lista Naranja está constituida por una franja intermedia de casos de conflicto de interés de menor gravedad que no son considerados tales si ninguna de las partes presenta objeción [...].¹³⁶

¹³⁶ Ver en “*Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*”, Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González; Lima, 2011, págs. 345-346.

3.3.5. *El proceso arbitral como el instrumento jurídico de realización del arbitraje*

La realización del arbitraje requiere necesariamente de un instrumento jurídico que es el proceso o procedimiento arbitral. Aquí hacemos deliberadamente referencia indistinta a «procedimiento» y a «proceso» arbitral, pues la doctrina les ha asignado a estas dos categorías multiplicidad de significados. Sin embargo, resulta necesario efectuar la correspondiente delimitación conceptual de las categorías adecuadas a emplear para la función arbitral.

Así —siguiendo a Daniel Márquez Gómez— «se afirma que el proceso es el conjunto de actos realizados conforme a determinadas normas, que tienen unidad entre sí y buscan una finalidad, que es la resolución de un conflicto, la restauración de un derecho o resolver una controversia preestablecida mediante una sentencia. Y el procedimiento se entiende como un conjunto de actos realizados conforme a ciertas normas para producir un acto».

Para otros, ambos conceptos coinciden en su carácter dinámico, reflejado en su común etimología, de *procedere*, avanzar, pero consideran que el proceso, además de un procedimiento como forma de exteriorizarse, comprende los nexos que entre sus sujetos se establecen durante la substanciación del litigio. También se dice que el proceso es una institución jurídica de satisfacción de pretensiones confiadas a un órgano estatal instituido especialmente para ello, independiente y supraordenado a las partes, y que el procedimiento es un concepto puramente formal, esto es, la serie o sucesión de actos regulados por el derecho.

Continuando con nuestra relación, para el constitucionalista Ignacio Burgoa el procedimiento equivale a una serie de actos concatenados entre sí, afectos a un fin común que les otorga unidad.

Al establecer la diferencia entre «proceso» y «procedimiento», el maestro Cipriano Gómez Lara considera que el proceso se caracteriza por la finalidad de tipo jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento, que para él puede manifestarse fuera del campo de lo procesal, es una coordinación de actos en marcha, relacionados entre sí por el efecto jurídico final, que puede ser un proceso o el de una fase o fragmento suyo, lo que lo lleva a caracterizar al proceso como un conjunto de procedimientos.

En igual sentido, Armando Porras y López considera al proceso como una relación, situación o idea jurídica directriz, en tanto que al procedimiento lo caracteriza como la realización plena, concreta y sucesiva de los actos jurídicos del proceso.

Como podemos advertir, las posturas son varias, pero ninguna establece razonablemente la diferencia entre «proceso» y «procedimiento».

Al respecto, señala Luis Puglianini Guerra que el Decreto Legislativo n.º 1071 se abstiene de utilizar la denominación «proceso» y también «procedimiento» y opta, simplemente, por la de «actuaciones arbitrales», dado que «esta decisión del legislador obedece a la finalidad de evitar equiparaciones con el proceso judicial o con el procedimiento administrativo».¹³⁷

Nosotros consideramos que la abstención del legislador en el empleo de las categorías «proceso» y/o «procedimiento» se debe a la falta de desarrollo doctrinario sobre la delimitación conceptual de ambas categorías que permitan consensuar respecto a la categoría que corresponde emplear en el caso del arbitraje.

¹³⁷ PUGLIANINI GUERRA, Luis. *Arbitraje. La relación partes-árbitro*. En «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2012, vol. 19, pp. 189-197.

Para nosotros no nos queda más que optar por una posición respecto de lo que se concibe por «proceso» y «procedimiento». Así, compartimos la idea de «proceso» como el conjunto de actos jurídicos que, en forma concatenada y dialéctica, los sujetos partícipes desenvuelven como medio y fin en la solución del conflicto de intereses o definición de una situación jurídica a través de un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos.

En tanto que «procedimiento» vendría a ser el conjunto de actos jurídicos (procesales) que se desenvuelven en la realización y/o aplicación de las instituciones procesales que corresponden a las etapas del proceso. Así, el «proceso» vendría a ser el todo y su finalidad. Es la solución justa y debida del conflicto de intereses; en tanto que el procedimiento sería el desarrollo específico de cada institución procesal que corresponde a cada etapa del proceso y su finalidad es contribuir a la marcha del proceso para el cumplimiento de su finalidad última.

En fin, lo claro y concreto es que el proceso es un instrumento consustancial a todo mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos. El conflicto requiere mínimamente de dos partes, su naturaleza es bilateral-conflictual (una parte pretende la satisfacción de un derecho y la otra se opone a ella).

El mecanismo heterocompositivo puede ser de naturaleza pública o jurisdiccional (proceso jurisdiccional) o puede ser de naturaleza privada (proceso arbitral y proceso corporativo). Lo cierto es que toda forma de solución de conflicto por medio de un tercero (juez, árbitro u órgano decisor) requiere de un proceso dentro del cual se realizan una serie de actos que constituyen procedimientos, pero que, en conjunto, al concatenarse y avanzar en forma dialéctica hacia un fin, constituyen el proceso.

De este modo, queda claro que la exigencia de las garantías procesales reconocidas en la Constitución como derechos y principios de la función jurisdiccional (artículo 139) no es propia de la función y/o

proceso jurisdiccional, sino condición necesaria en todo mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, ya sea en el arbitraje o en un proceso corporativo; pues, —en el caso del arbitraje— si las partes contendientes renunciando al servicio de justicia que brinda el Estado, convienen en otorgar poder a un tercero (el árbitro) para que éste sea quien declare el derecho que ha de corresponder, entonces, resulta imperativo que dicho tercero cumpla tal función con ciertas garantías mínimas que hagan del proceso, uno justo, debido y razonable, y no arbitrario. Es por ello que más apropiado sería denominarse «derechos y principios de la función [pública o privada] de impartición de justicia».

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una doctrina sin precedente en nuestra jurisprudencia constitucional, englobando los derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso en una sola categoría: la «tutela procesal efectiva».

Como observa Gerardo Eto Cruz:

Aparentemente, se trataría de un concepto laxo o genérico pero que ciertamente tiene su encaje constitucional en el artículo 139.3, aun cuando dicha cláusula haga una diferenciación al debido proceso y la tutela jurisdiccional. En tal situación, el Tribunal Constitucional ha conceptualizado esta categoría, independientemente de lo que establece el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.¹³⁸

¹³⁸ «Artículo 4.- Amparo contra resoluciones judiciales.-

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso [...]. Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecua-

Para el Tribunal Constitucional:

[...] [l]a tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso [...].

La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial [...].¹³⁹

3.3.6. Principios técnicos y específicos del arbitraje

a) Principio kompetenz-kompetenz

El principio *kompetenz-kompetenz* es considerado por la doctrina arbitral universal como un principio esencial del arbitraje.¹⁴⁰ En virtud de este principio es el propio árbitro o tribunal arbitral el único facultado para decidir o resolver sobre su propia competencia en caso de cuestionamiento y, en general, sobre cualquier situación que tenga por objeto

da y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

¹³⁹ STC n.º 6712-2005-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 13. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>.

¹⁴⁰ Ver, en este sentido, a RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Thomson Reuters, 2014, 2.ª edición, p. 466.

cuestionar su intervención en el conocimiento de la cuestión de fondo del asunto litigioso, tales como la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral, etc.

Este principio deriva necesariamente de la autonomía del arbitraje como instrumento de resolución de conflictos disponibles, pues si las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad han otorgado «poder» al árbitro para resolver el conflicto, entonces, es únicamente a aquél a quien corresponde decidir acerca de cualquier cuestionamiento, que alguna de las partes en conflicto efectúen sobre la competencia del árbitro o sobre cualquier cuestionamiento del arbitraje que impida al árbitro decidir sobre el fondo del asunto litigioso; pues de no ser ello así:

[...] el arbitraje se vería seriamente afectado, ya que la parte que no quisiera cumplir con el convenio arbitral podría iniciar un proceso, por ejemplo, de nulidad de dicho convenio, ante el Poder Judicial y, así, el inicio del arbitraje se postergaría hasta que existiera un pronunciamiento definitivo de los jueces [...]. Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que [con el indicado principio], se busca evitar que las partes puedan frenar el arbitraje con articulaciones sobre competencia en la vía judicial. Ello, sin perjuicio de las facultades del Poder Judicial para hacer un control *ex post* de la competencia de los árbitros por la vía del recurso de anulación, regulado también en la ley de arbitraje.¹⁴¹

Como afirma Fernando de Trazegnies Granda:

No se recurre a otra instancia —por ejemplo, el Poder Judicial— para definir la competencia, sino que se permite que se resuelva el problema dentro del propio arbitraje por los árbitros; y esta decisión es inapelable. Es a esto que se denominó, en su formulación alemana, el principio *kompetenz-kompetenz*, que no

¹⁴¹ CASTILLO FREYE, Mario; Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Comentarios a la ley de arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, 2014, vol. 26, segunda parte, p. 705.

significa otra cosa que competencia respecto de la propia competencia, pero que se ha convertido en una expresión de moda dentro de la comunidad arbitral internacional.¹⁴²

Por su parte, Roque Caivano nos recuerda que la expresión *kompetenz-kompetenz* se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando ésta haya sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto.¹⁴³

Como resalta el propio De Trazegnies:

Éste es un tema importante porque constituye una de las más usuales puertas de acceso para burlar un proceso arbitral, que puede utilizar un demandado de mala fe: basta alegar que el convenio arbitral es nulo o que ha perdido su vigencia o que se refiere a un contrato distinto, para sostener que el tribunal arbitral no tiene competencia y promover consecuentemente el traslado de la controversia al Poder Judicial.¹⁴⁴

Al respecto, la Ley de Arbitraje, dispone lo siguiente:

Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

[...]

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo [...].

¹⁴² Ver en *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.), 2011, tomo I, pp. 30 y 31.

¹⁴³ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L. & Vilela Editor, 2000, pp. 159 y 160.

¹⁴⁴ Ver en *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González. (coords.) tomo I, 2011, p. 30.

Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales [...].

Como se advierte de la ley, el principio en comento (competencia de la competencia) comprende no sólo la facultad para que el árbitro pueda decidir acerca de su propia competencia, sino también para resolver él mismo respecto a cualquier excepción (caducidad, prescripción representación defectuosa, etc.) y no sólo respecto de la excepción de incompetencia. Asimismo, comprende la facultad exclusiva para resolver cualquier objeción al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

Ello quiere decir que si es el árbitro el único facultado para resolver cualquier cuestionamiento que se pretenda efectuar sobre el inicio, desarrollo y conclusión del arbitraje, entonces, también es en el proceso arbitral en donde debe efectuarse tales cuestionamientos como escenario natural, lo cual quiere decir que tales cuestionamientos no pueden ser efectuados en escenario jurisdiccional (ordinario o constitucional), por lo que los órganos jurisdiccionales deben rechazar sin más cualquier intento de las partes cuyas pretensiones tengan por objeto impedir el inicio, desarrollo o culminación del proceso arbitral, salvo el control jurisdiccional *ex post* laudo, conforme a la Ley y la Constitución.

Antes del laudo es el árbitro el único con potestad para resolver cualquier excepción u objeción al arbitraje y respecto a la validez y eficacia —incluso— del convenio arbitral. Esta medida garantiza la eficacia del convenio arbitral y el desarrollo del proceso arbitral y el arribo hacia su fin. Después del laudo, cabe el control jurisdiccional bajo determinadas características y limitaciones, control que comprende, a su vez, la verificación de la validez del convenio arbitral, entre otros.

b) Principio del favor arbitri o favor arbitralis

Como bien señala Ana María Chocrón Giráldez, una de las mejores estudiosas de los principios procesales en el arbitraje, al referirse al principio en comento:

Se está en el entendimiento de estar ante un extremo de innegable importancia, porque, de no tenerse en cuenta [el aludido principio] se propiciaría la existencia de una vía por la cual frustrar el arbitraje pactado.

En un primer momento, la terminología empleada, «favor», recuerda a un trato favorable, a un privilegio o a una tendencia a proteger de modo especial la libertad de las partes, y sin duda pueden encontrarse alusiones singulares destinadas a tal fin. Efectivamente, baste recordar la existencia de reglas jurídicas dispersas en los distintos ámbitos de nuestro ordenamiento como el *favor iuris* en el derecho canónico, [...], o el *favor debitoris* y el *favor testamenti* en derecho civil, que persiguen suavizar la situación de los deudores y mantener la validez del testamento, respectivamente.

Esta misma línea ha de continuarse en el ámbito arbitral para contribuir al móvil de paz y cordialidad, términos utilizados por la jurisprudencia, que caracterizan al arbitraje.

Así, en virtud de este principio se puede afirmar que existe —tanto en la legislación como en la jurisprudencia arbitral y jurisdiccional— toda una consideración especial hacia el arbitraje; todo un tratamiento privilegiado de este mecanismo de justicia privada con el afán de

favorecer la iniciación, desarrollo, validez y efectividad, todo ello con el propósito de evitar que la operatividad práctica y la razón de ser del arbitraje se frustre.

El fundamento del «principio de favorecimiento del arbitraje» radica en la necesidad de tutela (legislativa y jurisprudencial) efectiva, que el derecho fundamental a la libertad exige en la consideración de que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1 de la Constitución).

Pues si las partes en conflicto han optado, en el ejercicio de su libre voluntad, resolver sus controversias disponibles a través del arbitraje, no puede, por tanto, el Estado sino garantizar la efectividad de tal justicia (privada) optada por los sujetos recurrentes al arbitraje. De no ser así, sería muy fácil para alguna de las partes que no le resultara beneficioso el arbitraje impedir u obstaculizar su inicio, su desarrollo y su finalización, recurriendo a mecanismos legales y procesales para tales propósitos como la invocación de la nulidad del convenio arbitral, el cuestionamiento judicial de la competencia arbitral, la anulación irrestricta del laudo arbitral, la inejecutabilidad del laudo, etc.

De este modo, el principio del *favor arbitri*, al igual que el principio *kompetenz-kompetenz*, es uno que complementa el principio rector de la autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales. El principio *favor arbitri* es uno que tutela la iniciación, desarrollo y efectividad del arbitraje.

Es menester, sin embargo, aclarar que el principio *favor arbitralis* o *favor arbitrandum* (como también se le conoce) no significa el favorecimiento del arbitraje, en caso de duda respecto de la existencia o desarrollo de un arbitraje. No es que la duda favorezca al arbitraje. Eso no. No existe en el arbitraje una suerte de *in dubio pro arbitralis*. Al contrario, la manifestación de voluntad de sometimiento al arbitraje, y, por ende, la renuncia hacia la justicia estatal, debe ser clara y contundente.

Si bien no necesariamente expresa ni estar el convenio arbitral expresamente firmado, sin embargo, dicha manifestación de voluntad debe ser indubitadamente manifestada a través de conductas claramente expresadas que den cuenta de su sometimiento hacia el arbitraje, debe encontrarse ante partes signatarias y no signatarias,¹⁴⁵ pero partes al fin y al cabo.

Efectuada esta aclaración, cabe precisar también que la consideración especial hacia al arbitraje, en virtud del principio de favorecimiento del arbitraje, la encontramos expresada como fuente en el artículo III de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (más conocido como Convención de Nueva York, al haber sido celebrado en Nueva York el 10 de junio de 1958), la cual —a decir de Luis Alfredo Araque Benzo— «marcó un verdadero hito en el arbitraje y, en especial, el arbitraje comercial internacional, contribuyendo de manera muy importante a potenciar ese fenómeno que se ha ido desarrollando desde la segunda mitad del siglo xx, y que conocemos como globalización».¹⁴⁶

Este autor considera que el principio en comento constituye el verdadero fundamento de la Convención, por cuanto, a partir de ella, «se ha ido modificando el panorama del arbitraje comercial internacional e influido en todos los desarrollos legislativos locales posteriores a la Convención».¹⁴⁷

¹⁴⁵ Ver al respecto el punto tratado sobre la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias (1.3.1.3 El convenio arbitral como manifestación jurídica de la causa-fuente del arbitraje).

¹⁴⁶ ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. *“El Principio de Favorabilidad del Arbitraje”*. En: *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudios de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° Aniversario*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 333.

¹⁴⁷ ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. «El principio de favorabilidad del arbitraje». En *El arbitraje comercial internacional. Estudios de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.° aniversario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 333.

Pues bien, la Convención, en su artículo III, plasma de modo categórico el principio de *favor arbitrandum*, en los siguientes términos:

Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.¹⁴⁸ (El subrayado es nuestro).

En nuestro país, el principio en comento también se encuentra diseminado a lo largo de la Ley de Arbitraje. Así, por ejemplo:

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje [...]

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

¹⁴⁸ Como bien resalta ARAQUE BENZO, Luis Alfredo: «De esta manera, es posible afirmar que el art. 3 de la Convención de Nueva York ha creado un principio que hoy en día es uno de los fundamentales del arbitraje internacional, el cual, a partir de entonces, ha inspirado los principales tratados internacionales en la materia, y ha venido siendo recogido por la mayoría de las normas legales que se han aprobado en la segunda mitad del siglo xx y comienzos del siglo xxi. No es casualidad que sea, precisamente, en ese período cuando se ha generalizado el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, no sólo en el comercio internacional, sino también como una manera eficaz de poner fin a cualquier conflicto que caiga dentro del campo de aplicación del arbitraje». (ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. «El principio de favorabilidad del arbitraje». En *El arbitraje comercial internacional. Estudios de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º aniversario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 337).

Artículo 7.- Arbitraje *ad-hoc* e institucional [...]

3. En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad-hoc*. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes [...].

Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.
4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje [...].

Artículo 10.- Representación de la persona jurídica [...]

2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para so-

meter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral [...]

5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo, incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

Artículo 17.- Derivación de controversia judicial a arbitraje.

Las partes por iniciativa propia o a propuesta del juez, en cualquier estado del proceso, pueden acordar derivar a arbitraje una controversia de naturaleza disponible conforme a derecho o cuando la ley o los tratados o acuerdos internacionales lo autoricen, para lo cual deberán formalizar un convenio arbitral.

Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros.

2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera [...].

Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d) y e) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad [...].

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso, sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.
2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral [...].

Artículo 45.- Colaboración judicial.

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.
2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.
3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar

acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte [...].

Artículo 47.- Medidas cautelares.

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida [...].
3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.
4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.
5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.
7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara [...].

Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.
2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.
3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados [...].

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 [...].

Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

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.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

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.

Décima.- Prevalencia

Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil.

Duodécima.- Acciones de garantía

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

c) Principio de confidencialidad

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 51 de la Ley de Arbitraje, el cual precisa que:

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho

o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

3. En todos los arbitrajes regidos por este decreto legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

Éste es también un principio específico del proceso arbitral y no propiamente del proceso jurisdiccional pero también común en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos disponibles (conciliación, transacción, mediación). Mas no es un principio esencial en el arbitraje. Con o sin confidencialidad el arbitraje puede desarrollarse hasta el arribo de su propósito y ser, a su vez, efectivo. Por ejemplo, varias legislaciones del orbe no la acogen.¹⁴⁹ Más bien, la confidencia-

¹⁴⁹ A este respecto, Roque J. Caivano manifiesta que:

«Una clasificación apenas primaria de las legislaciones sobre arbitraje permite distinguir tres categorías de leyes: aquéllas que no contienen siquiera una mera mención de la confidencialidad, aquéllas que apenas enuncian un principio general, aunque sin mayor regulación, y aquéllas que, con matices, avanzan en una reglamentación que pretende abarcar, al menos, los supuestos más usuales.

Dentro de la primera categoría se ubican la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de Uncitral, así como las legislaciones sobre arbitraje de Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Austria, Bélgica, Botswana, Bulgaria, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, Guatemala, Holanda, Honduras, Italia, Japón, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Suecia, Suiza, Túnez, Uganda y Uruguay, entre otras.

En la segunda, podemos situar a aquéllas que, si bien se refieren a la confidencialidad, no avanzan más que en enunciados más o menos genéricos o regulaciones fragmentarias, pero carecen de un régimen que permita discernir claramente cuál es el alcance objetivo del deber de confidencialidad *ratione materiae* (qué aspectos del arbitraje son confidenciales) y *ratione personae* (quiénes están obligados a mantener la confidencialidad). Ejemplos de esta categoría son las legislaciones de Bolivia, Brasil, España, Francia y Venezuela.

Claros exponentes de la tercera categoría son las nuevas legislaciones de Nueva Zelanda, Perú, Escocia y Australia que, aun con lagunas, contienen un mayor grado de precisión en relación con el alcance del deber de confidencialidad.

La Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda de 2007, ha incorporado pormenorizadas normas sobre la confidencialidad. No sólo consagra, como principio general, que

lidad es un principio motivante para la preferencia por el arbitraje. La confidencialidad es “una de las ventajas más apreciadas [del arbitraje],

el tribunal arbitral debe conducir el procedimiento en privado (artículo 14-A) y establece que el acuerdo arbitral hace presumir una prohibición, para las partes y para los árbitros, de divulgar información confidencial (artículo 14-B). También se ocupa de detallar cuáles son los casos en que la confidencialidad cede, y una de las partes o el tribunal arbitral pueden divulgar información referida a un proceso arbitral. Inclusive, la ley avanza en establecer un régimen para los procedimientos judiciales relacionados con la Ley de Arbitraje, estableciendo algunas excepciones a la publicidad de aquéllos (artículos 14-F a 14-I).

También la nueva Ley de Arbitraje de Escocia, sancionada en 2010, regula de manera pormenorizada el régimen de confidencialidad. Por un lado, define que la expresión “información confidencial” significa, en la norma, toda información relativa a la controversia, al procedimiento o al laudo, siempre que no esté, o hubiese estado, en el dominio público (artículo 26.4). Y establece que la divulgación de la información confidencial relativa a un arbitraje, por los árbitros o por una parte, implicará una violación al deber de confidencialidad, salvo las excepciones permitidas por la ley. Por el otro, impone al tribunal arbitral y a las partes, el deber de tomar todas las medidas razonables para impedir divulgaciones no autorizadas de la información confidencial (artículo 26.2) y al tribunal arbitral el deber de informar a las partes, al inicio del proceso, de los deberes impuestos por esta norma (artículo 26.3). Finalmente, prevé que las deliberaciones de los árbitros se desarrollarán en privado (artículo 27.1).

La reciente reforma a la legislación australiana aplicable a arbitrajes internacionales incorporó una pormenorizada regulación del deber de confidencialidad que tienen las partes y los árbitros. Regula con precisión qué debe entenderse por “información confidencial”, y dispone que el concepto de “revelación” incluye “la entrega o comunicación” de esa información “por cualquier medio” (artículo 15.1). Prescribe el deber de las partes y de los árbitros de no revelar información confidencial relativa al arbitraje, salvo en los propios casos que la ley determina, o cuando sea permitida en virtud de una orden del tribunal arbitral o de un tribunal judicial, cuando éstos están autorizados a emitirla (artículos 23.C.1 y 23-C-2). Luego, detalla cuáles son las circunstancias en que la información confidencial puede ser revelada, tanto por las partes como por el tribunal arbitral, y avanza todavía más en reglar cuándo el tribunal arbitral puede emitir una orden permitiendo la revelación (artículo 23-E) y en qué casos un tribunal judicial puede prohibir a las partes revelar información confidencial (artículo 23-F-1) o, en sentido contrario, permitir la revelación de información confidencial de un arbitraje (artículo 23-G-1) [...]. (Ver en: CAIVANO, Roque J. «El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo». En *Lima*

cuando no, una de las principales razones por las cuales los usuarios escogen resolver sus controversias por esta vía”¹⁵⁰.

Como también señala Carla Cepeda Altamirano:

La confidencialidad es una de las ventajas más notables del arbitraje, ya que protege la reputación de las partes frente a terceros, convirtiéndose en una de las razones que motivan a muchos inversionistas y comerciantes para acudir al proceso arbitral. Resulta lógico que estos prefieran acudir a arbitraje, pues la confidencialidad garantizaría que aquellos no involucrados en el conflicto desconozcan su existencia y así no se vea afectado su posicionamiento en el mercado por las distintas disputas a las que se enfrentan. Existen visiones opuestas respecto a la naturaleza de este principio. Sin embargo, es importante recalcar que este principio no puede ser ni será absoluto.¹⁵¹

En este mismo sentido, José Fernando Merino Merchán expresa también que:

Es evidente, y más aún ahora con los medios informáticos de que se dispone en una sociedad globalizada e interdependiente, que resulta prácticamente imposible mantener la privacidad en los pleitos y asuntos judiciales que se sustancian ante los jueces y tribunales del Estado. Por ello, se ha venido insistiendo que el arbitraje constituye un cauce de solución de conflictos en el que se soslaya y evita la publicidad inherente a los Tribunales oficiales: Cuestiones patrimoniales entre esposos y familiares, entre socios, la defensa de la propiedad industrial en todas sus manifestaciones, el know-how, materias financieras, contables y tributarias, etc, aconsejan indudablemente acudir al arbitraje en

Arbitration, 2010-2011, n.º 4, pp. 120 y ss. Ver versión electrónica en: http://limaarbitration.net/LAR4/Roque_J._Caivano.pdf.

¹⁵⁰ CAIVANO, Roque J. . «El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo». *Op. cit.*, p. 119.

¹⁵¹ CEPEDA ALTAMIRANO, Carla. «El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad». En *iew*. Quito: Universidad San Francisco de Quito.

evitación de que esas materias, algunas muy sensibles al conocimiento externo de los propios litigantes, acaben siendo conocidas o reveladas ante la opinión pública o lo que es peor, ante la competencia.¹⁵²

Sin embargo, resulta necesario determinar sus contornos a fin de delimitar adecuadamente su contenido conceptual. Así, resulta necesario precisar en principio que siempre en cualquier proceso como instrumento de resolución de conflictos rige la publicidad del proceso, al menos —y para empezar— para las partes sometidas al proceso. Esto es lo esencial. En el proceso arbitral también rige —si se quiere— este esencial principio. No existe secretismo para las partes en el proceso arbitral. Las actuaciones arbitrales y el propio expediente arbitral son de acceso amplio a las partes y también para eventuales intervinientes que se encontraren legitimados. El proceso arbitral se desarrolla siempre con conocimiento de las partes. Ello es así como expresión del principio de igualdad procesal, el cual es esencial para el ejercicio del derecho de defensa como uno de los contenidos mínimos y necesarios para la existencia del debido proceso, exigible también en el proceso arbitral. Este es el menos el sentido de la publicidad en el proceso arbitral; es decir, lo opuesto al «secretismo», esto es, al «modo de actuar en secreto con respecto a asuntos que debieran manifestarse», y lo secreto no es sino «cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta».^{153 154}

¹⁵² MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Confidencialidad y arbitraje*. Ver en: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje-Jose_Fernando_Merino.pdf.

¹⁵³ Ambas son definiciones que la hallamos en el Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁵⁴ En el proceso jurisdiccional (particularmente en el de naturaleza civil y análogos), lo trascendente de la publicidad, no es tanto el rechazo al secretismo, sino más bien su ampliación hacia la ciudadanía y las instituciones sociales (prensa, colectividades, etc.) mediante la apertura del proceso hacia el «control» que la ciudadanía pueda efectuar respecto al proceso, sus diligencias y la propia sentencia, plasmados básicamente en el derecho de opinión y crítica que tiene derecho a formularlos, como expresión de libertad de expresión. Las audiencias y demás

Otro concepto adicional para comprender el principio bajo estudio es la *privacidad*. Lo privado es lo opuesto a lo público, es decir, lo que es interés de los particulares y no de interés público. En tal sentido, es claro que el conflicto materia de arbitraje es de interés directo de los particulares y no la colectividad ni del Estado; por tanto, en el arbitraje rige el principio de privacidad, la cual deriva de la autonomía de la voluntad y la libertad de las personas de hacer todo lo que la ley no prohíbe y de no hacer lo que ella no obligue. En tal sentido, lo opuesto a lo privado es también lo público, y la privacidad lo es con respecto a la publicidad.

Así, si bien en el arbitraje rige la publicidad del proceso, al menos con relación a las partes, sin embargo, ello no obsta a que el proceso sea particularmente privado, es decir, es de interés únicamente de las partes; mas ello en modo alguno implica que el proceso sea secreto u oculto a dichos sujetos.

Como se advierte, el principio de confidencialidad no se asimila con el principio de privacidad¹⁵⁵ ni de secretismo, tampoco es en estric-

diligencias judiciales son siempre públicas. Ésta es la regla. La privacidad es la excepción (asuntos por ejemplo en las que se ventilen derechos e intereses de menores de edad, secreto de Estado, orden público, la vida privada de las personas, etc.). La publicidad que también rige en el proceso jurisdiccional es mucho más amplia que la publicidad en el proceso arbitral, pero también con limitaciones. Por ejemplo, al expediente sólo tienen acceso las partes y terceros legitimados y sus abogados. No cualquier persona.

¹⁵⁵ Como refiere Carla Cepeda Altamirano: «El principio de privacidad se refiere a la naturaleza consensual del convenio arbitral y tiene particular importancia respecto al ambiente en el que suscita el proceso, es decir, el lugar donde se sustancia el arbitraje. Su importancia se vincula a garantizar la no intervención de terceros en las audiencias sin el consentimiento de las partes, es decir, “el hecho de que en ese escenario personas extrañas no deben ser admitidas a las audiencias”. En otro sentido, de acuerdo a la doctrina, el principio de confidencialidad hace referencia a la protección de los documentos que se presentan durante el proceso y a la reserva de la existencia de éste, incluyendo las decisiones que se desprenden frente a terceros ajenos al arbitraje. En consecuencia, resulta errado considerar que estos principios son lo mismo, ya que cada uno responde a fines diferentes que garan-

to opuesto a la publicidad procesal. El proceso arbitral es público y no secreto para las partes, pero también es privado en relación a los demás, pero puede, a su vez, estar —como también no estarlo— regulado con un deber de confidencialidad.

La confidencialidad hace alusión a la «cualidad de confidencial», esto es, «[q]ue se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o lo dicho».¹⁵⁶ Desde el ámbito jurídico-arbitral, a decir de José Carlos Fernández Rozas, la confidencialidad es:

[C]oncebida [...] como escudo protector contra la divulgación a una persona no implicada en el litigio, o a la opinión pública, de una información relativa o producida en el marco de un procedimiento arbitral, se configura en el arbitraje como una de sus grandes ventajas y, en ocasiones, es la razón por la cual las partes en un conflicto optan por este foro privilegiado para resolver sus contenciosos. Su justificación responde, esencialmente, a la salvaguarda de los intereses de las partes y a la continuidad de sus relaciones negociales [...].

tizan cosas específicas a las partes durante el proceso. Por esta razón, la privacidad y la confidencialidad se deben estudiar independientemente y con la profundidad que individualmente requieren. Establecida la distinción del principio de confidencialidad y privacidad, es importante aclarar que ninguno de ellos afecta al principio de publicidad. Como sostiene Ana María Chocrón, en arbitraje, el principio de publicidad simplemente disminuye su rigurosidad con el fin de alcanzar una mejor defensa a los intereses de los particulares, siempre que no implique una afectación a la sociedad. Es decir, el orden social continua siendo en el arbitraje, como en cualquier proceso legal, un límite de para su validez. Por otra parte, el principio de publicidad, visto como garantía de defensa dentro del proceso, implica que todo acto procesal debe ser informado a todas las partes que participan en él para que ejerzan efectivamente su derecho a la defensa. Sobre este aspecto, los principios antes expuestos no presentan problema, pues tanto la privacidad y la confidencialidad buscan únicamente la protección de las partes frente a sujetos externos al proceso arbitral y bajo ninguna circunstancia tienen como fin ocultar información a las partes que participan en él».

¹⁵⁶ Según definición del *Diccionario de la Real Academia Española*.

2. La confidencialidad es, pues, una «obligación» que pesa sobre los árbitros y las partes de no divulgar el contenido del procedimiento, especialmente de los materiales en él producidos incluyendo el laudo arbitral. Al margen de los sistemas que, como el español, la consideran como una obligación legal (art. 24.2 LA/2003) y que son muy minoritarios, dicha obligación para cierto sector doctrinal deriva directamente del denominado «contrato de árbitro» y se extiende a las personas ajenas al procedimiento, salvo autorización del tribunal arbitral y de las partes y a la documentación generada en el transcurso del procedimiento que puede incluir secretos comerciales o industriales; a estos efectos, los reglamentos arbitrales acostumbran a dotar a los árbitros de instrumentos que garantizan la confidencialidad (*v. gr.*, art. 20.7 Regl. CCI). Su corolario, el secreto del procedimiento, suele justificar por sí solo la voluntad de los sujetos enfrentados en un litigio de evitar una publicidad potencialmente desfavorable o perjudicial que suele ser consustancial en los procesos ante la jurisdicción ordinaria. Pero, hay más elementos que acreditan esta posición. En un litigio de naturaleza comercial, la publicidad puede significar consecuencias perniciosas para las partes involucradas al revelar señalados secretos técnicos o ciertas prácticas comerciales que son dignos de protección; también puede poner de manifiesto una situación financiera deficitaria o precaria en una empresa o la existencia de un producto defectuoso que podría deteriorar el prestigio de una determinada firma comercial. Dicho en otros términos, la confidencialidad garantiza a las partes contendientes la preservación de su imagen frente a los competidores.

Como reverso de una moneda, la confidencialidad es un auténtico «derecho» de las partes de que no se revele nada de lo que acontezca en el procedimiento arbitral, lo que la diferenciaría de la noción de «privacidad» en el arbitraje, que se limita a la posibilidad que tienen las partes de prohibir la presencia de personas ajenas a dicho procedimiento. Y también permite su deslinde de otras nociones muy próximas, pero con contenido diverso como el secreto de las

deliberaciones, el secreto de los negocios, el carácter privado del arbitraje, el secreto profesional, etc.

3. Con la privacidad se pretende conferir a las partes un marco adecuado para resolver sus controversias sin interferencias externas de las que, en términos generales, no se puede prescindir en los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria; su consecución permite crear un ambiente adecuado para el desarrollo de las audiencias que favorece particularmente el desarrollo de la prueba testifical, liberada de la presencia de la prensa o de un público hostil que pudiera poner en peligro el correcto desarrollo del procedimiento. En un sentido más amplio, puede extenderse la noción de privacidad al derecho de las personas distintas de los árbitros, esto es, las partes, sus representantes y los testigos, etc. de asistir y participar en el arbitraje libres de perturbaciones externas. El art. 21.3 *in fine* Regl. CCI, dispone al efecto que «salvo autorización expresa del tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso»; y otros reglamentos de arbitraje confieren mayor autoridad al tribunal arbitral indicando, además, que las «audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario» (art. 25.4 Regl. Uncitral) [...].¹⁵⁷

Ahora bien, delimitada la definición del principio en comentario no queda más que agregar que se trata de un deber, y, por ende, también de un derecho, particularmente de las partes en el proceso arbitral y algún interviniente que se encontrare legitimado. Este deber que constituye, básicamente, una regla, puede, sin embargo, ser exepuada en los siguientes casos:

- a) Cuando las partes la excluyen en el convenio arbitral o en el acta de instalación del tribunal arbitral o en el contenido del re-

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial*. Arbitraje, 2009, vol. II, n.º 2, pp. 336-339. Ver en: https://eprints.ucm.es/9258/1/TRAYECTORIA_Y_CONTORNOS_DEL_MITO_DE_LA_CONFIDENCIALIDAD.pdf.

glamento o disposiciones normativas que generen para regular el proceso arbitral.

- b) Cuando exista norma imperativa que así lo disponga, como por ejemplo ocurre en el arbitraje en la contratación pública o en las que el Estado, simplemente, participe como parte, con la publicidad de los laudos arbitrales por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para su publicación en su portal institucional (www.osce.gob.pe) por un plazo no menor a un año quinta disposición final de la Ley de Arbitraje, modificado por Decreto Legislativo n.º 1231,¹⁵⁸ concordante con el artículo 51.3 de la Ley de Arbitraje). O, como ocurre cuando la demanda, la reconvención o la medida cautelar en sede arbitral verse sobre actos o derechos inscribibles en los Registros Públicos, supuesto en el cual el tribunal arbitral solicitará la anotación de la existencia del proceso arbitral en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo (artículo 39 de la Ley de Arbitraje, también modificado por Decreto Legislativo n.º 1231).
- c) Cuando ocurra la intervención colaboradora (actuación judicial de medio probatorio dispuesto en proceso arbitral), complementaria (concesión de medida cautelar antes del inicio del proceso arbitral, ejecución judicial de medida cautelar concedida en sede arbitral, ejecución de laudo arbitral) o contralora (recurso de anulación de laudo, proceso de amparo contra laudo) de órgano jurisdiccional competente sobre el arbitraje.

En todos estos casos se rompe el deber de confidencialidad de las partes. Mas con respecto a los terceros partícipes en el proceso (testigos, peritos, *amicus curiae*, etc.), ¿cómo es que obliga el deber de confidencialidad en el arbitraje si ellos no forman parte del convenio arbitral, pues su intervención ocurre de manera accidental en el proceso?

¹⁵⁸ Publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 26 de septiembre de 2015.

A este respecto, cabe precisar que, en puridad, ni para las partes ni para los demás partícipes en el proceso arbitral el deber de confidencialidad tiene su fuente en el convenio arbitral, pues nótese que, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la ley en comento, la confidencialidad es la regla impuesta por el legislador, la excepción a dicha regla es, más bien, el convenio arbitral (es decir, la existencia de pacto en contrario); ergo, no es necesario que sea establecido mediante pacto (convenio arbitral). Naciendo el deber de confidencialidad por voluntad del legislador, todos los partícipes del proceso arbitral tienen el deber de cumplirla, bajo responsabilidad, entre ellos, los terceros colaboradores en el proceso arbitral. El deber de confidencialidad nace de la ley, y, por ende, deber ser cumplida.

Ahora bien, con respecto a la extensión personal de la confidencialidad en el arbitraje, cabe precisar que tal deber se extiende no sólo a las partes, a sus representantes legales, sus asesores legales, al secretario arbitral, a la institución arbitral, a los testigos, peritos y, en general, a cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, particularmente, a los árbitros, claro está.¹⁵⁹

¹⁵⁹ A este respecto, Roque J. Caivano expresa que:

«De todos los sujetos que participan en un arbitraje, los árbitros son quienes más nítidamente están alcanzados por el deber de confidencialidad, cuando éste existe. La situación de las partes, en cambio, depende en buena medida de la posición que se adopte respecto de la existencia de un deber implícito de confidencialidad. En similar situación se encuentran la institución arbitral y los abogados, para quienes, en principio, también rige el deber de confidencialidad: las primeras, por tratarse de una obligación, explícita en el propio reglamento, o aun implícita en el “contrato de administración del arbitraje” que vincula a las partes con la institución arbitral; los abogados, por la específica naturaleza de su labor profesional, que les impone el deber de confidencialidad, como parte del deber de “fidelidad” hacia su cliente, y que suele estar contemplada en los Códigos de Ética de los colegios de abogados y aun en algunos Códigos Penales. Mucho más discutido es el deber de confidencialidad de testigos y peritos, quienes no están ligados al arbitraje por un vínculo contractual (no hay relación jurídica convencional alguna con las partes, ni con los árbitros ni con la institución que administra el arbitraje) [...]».

En cuanto a la materia, este deber comprende a la reserva o discreción que deben guardar tales sujetos partícipes en el proceso, en el curso del proceso, sobre cualquier actuación procesal, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones.

A este respecto, Fernando de Trazegnies Granda precisa lo siguiente:

Pienso que esta cuestión de la confidencialidad-publicidad del arbitraje puede ser dividida en cuatro áreas principales, con algunas subáreas todavía posibles.

Como se dijo, no hay mayores dudas sobre la obligación de confidencialidad que los árbitros asumen, así sea implícitamente, al aceptar el cargo de árbitro en un caso determinado. Más aún, se señala que ésta es una de las obligaciones de los árbitros que nacen antes de aceptar el cargo y subsisten inclusive luego de finalizado el proceso y dictado el laudo: “Cualquiera sea el valor que finalmente se reconozca a la confidencialidad, el árbitro está obligado a respetarla durante toda la instancia arbitral. El secreto no es eficaz si no es permanente. ¿De qué serviría una confidencialidad temporal? El árbitro debe guardar el secreto sobre lo que conoce, no solamente durante el proceso sino también antes y después. Todo lo que el árbitro conoce cuando es contactado por los litigantes en vista de una eventual designación deberá permanecer en secreto, sea finalmente designado o no, y el secreto sobre las cuestiones ventiladas en el proceso deberá mantenerse, se dicte o no un laudo”. [...]. De todas maneras, reconocido casi universalmente que los árbitros están obligados a guardar la confidencialidad de la información que conocen con motivo del arbitraje, no son uniformes las opiniones acerca del fundamento jurídico sobre el cual ese deber se apoyaría. La explicación más atinada es la que brinda Thomas Clay: sin perjuicio de las obligaciones deontológicas que los árbitros puedan tener al amparo de los Códigos de Ética o Normas de Conducta a los cuales estén sujetos, o del principio de confianza y buena fe inherente a su condición de árbitro a su juicio, “el verdadero fundamento jurídico que impone a los árbitros el deber de guardar el secreto sobre lo que conocen durante el curso de un arbitraje, es el vínculo convencional que lo une con las partes a través del ‘contrato de arbitrar’. Se trata de una obligación civil contractual —e incluso precontractual— que entraña responsabilidad en caso de violación”. (CAIVANO, Roque J. «El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo». *Lima Arbitration*, 2010/2011, n.º 4, pp. 123-126. Ver versión electrónica en: http://limaarbitration.net/LAR4/Roque_J._Caivano.pdf).

En primer lugar, nos encontramos con la confidencialidad sobre la existencia misma de la controversia que está siendo conocida por un tribunal arbitral. Esta postura se presenta cuando las partes no quieren dar a conocer a terceros que tienen un conflicto entre ellas, pues esta información podría dañar su capacidad de hacer negocios con otras empresas. Puede ocurrir, por ejemplo, que el conocimiento de que una empresa ha sido cuestionada en un cierto aspecto de sus actividades o en el tipo de contrato que utiliza o en la calidad de sus productos o servicios, lleve a un retraimiento de un posible tercer comprador o incluso del mercado mismo.

Una segunda área de confidencialidad puede ser el proceso durante su desarrollo. En este caso, las partes no tienen inconveniente en que se conozca que tienen una diferencia entre sí, pero no quieren que la prensa o los competidores estén siguiendo de cerca el proceso y haciendo presión sobre los árbitros. Por este motivo, esas partes reclaman un arbitraje *in camera*; es decir, a puerta cerrada, con la presencia únicamente de los árbitros, las partes, los testigos y el personal auxiliar, sin admitirse la concurrencia de periodistas o de público. Este proceso arbitral cerrado implica también que ni los árbitros ni las partes puedan filtrar información a la prensa o a terceros sobre lo que está sucediendo dentro del proceso.

La tercera área está relacionada con la confidencialidad de los documentos y testimonios que se presenten en el arbitraje. Esta perspectiva se preocupa, fundamentalmente, por la reserva de lo que las partes han dicho durante el proceso, aun una vez que éste haya terminado; así como sobre la confidencialidad de las pruebas periciales, documentos contables o declaraciones de testigos que se utilizaron como prueba en el arbitraje concluido.

Por último, la cuarta área, quizá la más puntual, es la relativa a la confidencialidad o publicidad de los documentos que produzca el tribunal como consecuencia del arbitraje; fundamentalmente, la resolución que resuelve el debate sobre la jurisdicción y la resolución que resuelve el debate sobre el mérito o fondo, esto es, el laudo arbitral. Eventualmente, esta área puede comprender también las resoluciones sobre la admisión o rechazo de ciertas pruebas, en la medida de que se encuentren fundamentadas y

que el razonamiento pueda servir de precedente (aun cuando no obligatorio) para otros casos [...].¹⁶⁰

Y, en cuanto a la extensión en el tiempo del deber de confidencialidad, los profesores Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán se preguntan:

¿[H]asta cuándo se extiende ese deber de confidencialidad? ¿Es hasta la muerte? ¿Se extiende más allá de ella, es decir, *ad infinitum*, en la medida en que no se podría ni siquiera vía testamentaria revelar lo que uno conoció en un proceso arbitral?; ¿o, en realidad, debería entenderse como que el deber de confidencialidad solamente se ciñe al tiempo en que resultaba relevante establecer o manetenr esa confidencialidad en torno a la materia controvertida?

Pensamos que, al no hacer la ley una distinción al respecto, no cabe distinguir y, en ese sentido, el deber de confidencialidad se extiende no sólo hasta la terminación del proceso, sino a perpetuidad.¹⁶¹

Por último, cabe también referirnos en cuanto a las responsabilidades que genera el incumplimiento del deber de confidencialidad. A este respecto, Guillermo Lohmann Luca de Tena precisa que, a su juicio, es posible establecer tres categorías de responsabilidad, a saber:

La primera es de responsabilidad civil. Este tipo de responsabilidad dependerá de si entre el infractor y las partes hay alguna relación previa al arbitraje.

¹⁶⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La publicidad en el arbitraje». *Ius et Veritas*. Lima, 2007, vol. 17, n.º 35, pp. 62-63. Ver también en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12284>.

¹⁶¹ CASTILLO FREYRE, Mario, RITA SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Comentarios a la ley de arbitraje*. Segunda parte. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, vol. 26, 2014, p. 821.

Por tanto, la responsabilidad puede ser contractual, como es el caso entre las partes y los árbitros o entre las partes y la institución administradora que, sin duda, hay una relación contractual de servicios.

O puede ser extracontractual, si, por ejemplo, quien comete la infracción es un perito.

La segunda es de responsabilidad penal. Los artículos 156 y 165 del Código Penal establecen los tipos de las infracciones a los derechos de intimidad (artículo 156) y la obligación de secreto (artículo 165).

La tercera es, si podría llamarse así, de carácter administrativo e incluso laboral cuya aplicación concierne a las instituciones arbitrales, imponiendo sanciones a las partes, a los árbitros y al personal vinculado al arbitraje.¹⁶²

d) Principio de flexibilidad o de libertad en el diseño del procedimiento arbitral

La realización del arbitraje requiere necesariamente de un instrumento jurídico que es el proceso o procedimiento arbitral,¹⁶³ éste puede ser conceptualizado como el conjunto de actos jurídicos (de naturaleza parecida a las que se desarrolla en un proceso jurisdiccional) y actividades complementarias (no necesariamente procesales como son los actos de gestión, administración de la institución arbitral), pero que todos ellos se realizan de modo dialéctico y concatenado, pues están destinados al logro de una finalidad concreta cual es la realización de la justicia arbitral que las partes esperan de la institución del arbitraje, del árbitro y de sus colaboradores.

¹⁶² LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Comentarios al artículo 51 de la ley peruana de arbitraje». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 583.

¹⁶³ Respecto de la delimitación conceptual de ambas categorías, ya la hemos tratado con mayor holgura en el punto 1.3.3.5 del presente trabajo, sobre «El proceso arbitral como el instrumento jurídico de realización del arbitraje».

Estos actos jurídicos procedimentales están constituidos por un conjunto de formas y formalidades referidos, entre otros, al contenido y forma del convenio arbitral, la constitución del tribunal arbitral, aceptación, recusación, abstención y remoción de los árbitros, las formalidades de la demanda arbitral, de la contestación, de las notificaciones y los plazos, de las audiencias, las actuaciones de pruebas, el lugar e idioma del arbitraje, los actos de colaboración judicial antes, dentro del arbitraje y posterior a él, las formalidades y contenido del laudo, su ejecución, etc.

El principio jurídico que prima en el procedimiento arbitral es el de la «libertad de regulación de las actuaciones arbitrales» (artículo 34 de la Ley de Arbitraje), en virtud del cual las partes «podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso». Y, si no existiese disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, «se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este decreto legislativo. Si no existe norma aplicable en este decreto legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral».

Como se advierte en modo alguno (es decir, ni supletoriamente) se aplican en el arbitraje las reglas del Código Procesal Civil, ni de ninguna norma procesal que rigen los procesos jurisdiccionales. En este sentido, el procedimiento arbitral goza de total autonomía.

Sin embargo, la importancia de la mención del procedimiento arbitral en el presente punto es que en dicho procedimiento los sujetos partícipes (árbitro, partes, institución arbitral, secretaría arbitral, terceros, peritos, etc.) al realizar los actos procedimentales arbitrales correspondientes, pueden, a su vez, afectar derechos fundamentales de las personas o afectar, incluso, los bienes y valores constitucionales que sustentan propiamente al arbitraje. Particularmente, en cuanto a la actividad de

los árbitros, éstos en el desarrollo del procedimiento arbitral realizan permanentemente la aplicación del derecho o bien efectúan actos de decisión en relación a derechos e intereses de los sujetos intervinientes. De este modo, la justicia arbitral no sólo se espera o se logra con el laudo arbitral, sino también con los actos procedimentales destinados al arribo del laudo y con los actos de su ejecución.

Por ello, en el procedimiento arbitral están también presentes los fundamentos y valores que sustentan la función arbitral, esto es, la libertad (principio de libertad de forma o de actuación arbitral), la justicia (decisión justa y razonable al interior del procedimiento arbitral), pero, particularmente, el procedimiento arbitral queda, a su vez, garantizado por el «debido procedimiento arbitral», esto es, el conjunto de garantías y derechos mínimos que posibiliten la existencia de un procedimiento arbitral justo y razonable, garantías varias de ellas que comparten con los derechos y principios de la función jurisdiccional (artículo 139 de la Constitución), como son la imparcialidad, la independencia, la motivación de las decisiones arbitrales, particularmente, del laudo arbitral, el derecho de prueba, la razonabilidad y proporcionalidad, etc.); sin embargo, existen, a su vez, principios-garantías propios del procedimiento arbitral, como son la independencia de la función arbitral y la no interferencia de la función judicial, el *kompetenz-kompetenz*, la libertad en la regulación de las actuaciones arbitrales, la eficacia de los laudos arbitrales y la colaboración judicial en la ejecución del laudo, etc.

e) Principio de temporalidad

Jhoel Chipana Catalán refiere que:

El arbitraje se desarrolla en un determinado plazo (del cual se desprende una de sus características y ventajas importantes, a que éste, a diferencia del plazo que en promedio se observa en el fuero ordinario, es muchísimo menor). En este sentido, el arbitraje en su realidad sustantiva y adjetiva, importa un procedi-

miento que dura un determinado tiempo, poseyendo un inicio y un fin.¹⁶⁴

Sin embargo, resulta necesario precisar adecuadamente la extensión del principio de temporalidad. El principio en comento hace alusión, básicamente: *i)* al *plazo global para el desarrollo del arbitraje hasta antes de la expedición del laudo*; y, *ii)* al *plazo específico para laudar*. A ello debemos agregar también que guarda relación con el plazo en el arbitraje, mas no específicamente con el principio de temporalidad; *iii)* el *plazo en las distintas actuaciones dentro del proceso arbitral* (iniciación del arbitraje, para demandar, para constituir el tribunal arbitral, para contestar, para deducir excepciones, etc.).¹⁶⁵

Así, con respecto al plazo global para el desarrollo del arbitraje, hasta antes de la expedición del laudo, el principio en comento no hace alusión a que el arbitraje *in strictu* tenga que desarrollarse en un determinado plazo, sino que, en principio, con base en la autonomía de la voluntad, las partes pueden (facultativamente), establecer —ya sea en el convenio arbitral o en el acta de instalación del tribunal arbitral— un plazo máximo para el desarrollo del arbitraje, o someter al plazo establecido en el reglamento de la institución arbitral, de ser el caso.

Sin embargo, como bien señalan los profesores Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán:

[D]ebe tenerse en consideración que, en muchas ocasiones, las partes incurren en un error al redactar estas cláusulas, ya que se señalan plazos muy cortos o se señalan plazos atados a regla-

¹⁶⁴ CHIPANA CATALÁN, Jhoel. *Los árbitros y la ley de arbitraje del Perú*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, 2014, vol. 30, p. 84.

¹⁶⁵ Ver, en este sentido, a ALEGRÍA, Héctor. «El plazo en el arbitraje». En *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. (obra colectiva). Soto Coaguila, Carlos Alberto (dir.). Lima: Ediciones Magna-Instituto Peruano de Arbitraje, 2008; pp. 281-302.

mentos arbitrales que no permiten la ejecución o desarrollo del arbitraje dentro de los plazos previstos en el convenio arbitral [...].

Creemos que lo mejor es que las cláusulas arbitrales o no señalen plazo, o, en todo caso, lo señalen con mucho cuidado, teniendo en cuenta el Reglamento al que se van a adherir e, incluso, la dificultad del proceso a seguir.

También existe un problema de orden práctico en torno a los plazos máximos, ya que no necesariamente las previsiones de las partes al respecto van a ir de la mano con la realidad. El tribunal arbitral podrá considerar que el plazo señalado es muy reducido, por lo tanto, las actuaciones arbitrales no se podrán desarrollar con la tranquilidad deseada y además éstos tendrán el problema fundamental de la prisa en que deben realizarse [...].

Nuestra opinión es contraria a que se señalen plazos máximos, ya sea en los convenios arbitrales o en las actas de instalación; o en todo caso, si se ha señalado en los convenios arbitrales, que se promueva su modificación en las actas de instalación (cosa que no siempre es fácil en razón de la eventual beligerancia de alguna de las partes o de la necesidad de cumplir con determinados requisitos formales dentro de la administración pública, a efectos de modificar el plazo convenido).¹⁶⁶

Es así que en donde mayor relevancia práctica tiene el principio de temporalidad es en el plazo para laudar. Tal como lo prescribe el artículo 53 de la ley de arbitraje:

La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.

Así, hay un plazo para laudar y también para notificar el laudo. Y, ¿cuál es ese plazo? La ley también otorga libertad en este sentido para

¹⁶⁶ CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Comentarios a la ley de arbitraje*. Segunda parte. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-ECB Ediciones, 2014, vol. 26, pp. 855-856.

que las partes puedan fijar consensuadamente tal plazo, o para someterse a un determinado reglamento en el que se señale tal plazo o someterse a lo que el tribunal decida.

Nótese que no es que la expedición del laudo y su notificación se sometan a un solo plazo. Generalmente, en los reglamentos del arbitraje el plazo para laudar es propio y distinto que el plazo para notificar el laudo. Nótese también que el plazo para laudar no es un plazo cualquiera, sino uno que otorga validez al laudo mismo. A su turno, conforme lo establece el artículo 63 de la ley:

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
[...]
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral [...].

Sin embargo, esta causal de anulación del laudo, «sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo» (artículo 63.4 de la Ley de Arbitraje).

Ya, como consecuencia de dicha anulación, el artículo 65 de la ley prescribe dos posibilidades: *i)* que las partes inicien un nuevo arbitraje, a no ser que acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia; o, *ii)* sólo en el caso de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia. Así, en suma, como bien señala Héctor Alegría, la anulación del laudo por vencimiento del plazo para laudar «no importa la necesidad insustituible de recurrir a la justicia estatal».

En este sentido, el agotamiento del proceso arbitral no extingue la cláusula arbitral según la cual las partes resolverían sus diferencias mediante arbitraje. En su caso, y no procediendo la directa decisión judicial de la que antes hemos hablado, «las partes deberán recurrir a un nuevo arbitraje, salvo que renuncien a él de común acuerdo o tácitamente al deducir o consentir la actuación judicial».¹⁶⁷

El fundamento de la temporalidad para laudar radica en la autonomía de la voluntad, pues si las partes en conflicto han decidido otorgar un plazo determinado al tribunal arbitral para decidir el conflicto, tal plazo debe ser cumplido, pues vencido tal plazo, se entiende que pierden el poder que las partes les han otorgado para conocer y decidir el conflicto. No obstante a que, de conformidad con el artículo 34.4 de la Ley de Arbitraje, el tribunal arbitral puede, «a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos». Mas esta facultad debe ser ejercitada conforme al debido proceso arbitral, con respeto al derecho de defensa e igualdad de las partes, así como con discreción y razonabilidad.

La profesora Ana María Chocrón Giráldez señala que:

Como es sabido, las partes pueden optar por someter sus diferencias a arbitraje renunciando a la vía jurisdiccional, pero el legislador ha querido, por diversas razones, que iremos comentando a lo largo de estas páginas, que esa renuncia sea necesariamente temporal [...].

A juicio de Carreras, el fundamento de esta posibilidad se halla en el «principio de renunciabilidad de derechos» que recoge nuestro sistema jurídico. De esta forma, afirma, el convenio arbitral constituye el monto de ejercicio de un derecho de disposición y la renunciabilidad de derechos, su fundamento. En cualquier caso, el resultado será el siguiente: asunción por parte del árbitro

¹⁶⁷ ALEGRÍA, Héctor. «El plazo en el arbitraje». En *El arbitraje en el Perú y en el mundo* (obra colectiva). Soto Coaguila, Carlos Alberto (dir.). Lima: Ediciones Magna-Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 301.

de una actividad que viene siendo desempeñada «normalmente» por jueces y magistrados. Pero, estas funciones jurisdiccionales que asume el árbitro están limitadas en el tiempo [...].

En atención a este tratamiento, la renuncia a la jurisdicción del Estado no puede ser indefinida en el sentido de que elegida la vía arbitral, ya no se pueda acudir a la vía judicial. La peculiaridad de una institución como la arbitral hace de ella una vía excepcional para la resolución de las controversias, frente a la convencional que ofrecen los tribunales del Estado.

Desde este punto de vista, entendemos que la introducción de un plazo era un requisito ineludible en evitación de que las partes pudieran estar esperando indefinidamente un pronunciamiento arbitral cuya llegada se perpetuara en el tiempo, circunstancia esta que choca con los más elementales criterios de justicia. Además, como tiene declarado la sentencia del TS de 12 de noviembre de 1992 (RA 9578), «una de las ventajas de la institución arbitral y que le sirve de fundamento, es que la misma sólo dura lo que las partes determinan». De este modo, tendrán la seguridad de obtener un pronunciamiento en el plazo por ellas establecido o en el legal de seis meses. Transcurrido ese plazo y la prórroga en su caso, sin dictar el laudo, el árbitro deviene en un tercero sin autoridad.

A nuestro juicio, la existencia de un plazo al que deben ajustarse los árbitros en el desempeño de su actividad, constituye toda una garantía para las partes de obtener la solución de un conflicto sin dilaciones indebidas, economía y eficacia.¹⁶⁸

3.3.7. El laudo arbitral como plasmación de la justicia arbitral

Si la causa-fin del arbitraje es la impartición de justicia entre los sujetos que optaron por este medio de solución de controversias y la sustracción de la función jurisdiccional que despliega el Estado, pues bien, este propósito tiene su aterrizaje jurídico-formal en el llamado laudo arbitral.

¹⁶⁸ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Bosch Editores, 2000; pp. 39-41.

Como afirman Merino Merchán y Chillón Medina:

La actividad del árbitro culmina cuando, resolviendo sobre la pretensión, dicta su resolución, que recibe el nombre de laudo arbitral por contraposición con el de sentencia, que se reserva a las resoluciones que se dictan por los órganos del Poder Judicial, aunque es manifiesto el paralelismo entre una y otra, pudiendo tanto aquél como ésta ser puramente declarativo, declarativo de condena y constitutivo [...] puede definirse el laudo como «el acto del árbitro por el cual emite un juicio vinculante para las partes en el proceso y resolutorio para el conflicto residenciado ante él», esto es, el laudo arbitral es la expresión formal de la decisión adoptada por el árbitro para resolver la cuestión litigiosa y que los litigantes vienen obligados a aceptar por mor del pacto arbitral que las vincula, o dicho de otra forma, el laudo es el acto del árbitro en el que se decide sobre la cuestión de fondo sometida. Por ello el laudo constituye el punto culminante del proceso arbitral en cuanto que, a través de él, el árbitro pone fin a la controversia de la que conoce y, con ello, restablece el equilibrio entre las partes contendientes.¹⁶⁹

Y como agregan Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya y otros, comentando la Ley de Arbitraje:

El laudo arbitral, no sólo es la parte central de todo el proceso, sino también su parte más emblemática, porque es aquella que resume no sólo todo lo actuado en el proceso, sino también es la meta, el objetivo al que esperan llegar tanto las partes como los árbitros, a efectos de poner fin al proceso. [...] [c]abe señalar que el laudo arbitral no es, de ninguna manera, una acción mecánica que realice el tribunal arbitral. El laudo implica una actividad de razonamiento lógico-jurídico (en el caso de un arbitraje de conciencia, se podrá prescindir del aspecto jurídico) sobre

¹⁶⁹ MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, 3.ª edición, p. 648.

todo lo actuado, con el objeto de que el resultado se plasme en una resolución denominada laudo arbitral [...].¹⁷⁰

Los profesores Fernando Vidal Ramírez y Fernando Cantuarias Salaverry, afirman, a su vez, que:

[N]osotros consideramos que una correcta definición de laudo, es la propuesta por Mantilla-Serrano: «Puede [...] considerarse laudo toda decisión tomada por los árbitros, después de haber considerado los argumentos de las partes y analizado minuciosamente los fundamentos invocados por ellas, que de manera definitiva y motivada, ponga fin a una cuestión litigiosa que las partes les han sometido, relacionada con el fondo del asunto».¹⁷¹

Como afirman Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze:

[A]unque pueda parecer una verdad de Perogrullo, el laudo no es una sentencia. No hay laudos en los procesos ordinarios. No hay laudos en la administración de justicia del Estado. No los hay ni nunca los habrá. El laudo es propio del derecho de arbitraje [...], el arbitraje es una administración de justicia absolutamente peculiar. Por lo pronto, en el arbitraje no hay pluralidad de instancia si entendemos aquella que se produce en el mundo de las realidades [...]. En el arbitraje existe simplemente el laudo. Por eso que es absoluto, definitivo, último; y, por lo tanto, cierra el proceso arbitral [...] El carácter privado del arbitraje explica también el porqué el laudo pone fin a la jurisdicción arbitral. Cumplido el objeto del contrato de arbitraje entre las partes y los árbitros, éstos quedan automáticamente desposeídos de los poderes jurisdiccionales que las partes, permitidas por

¹⁷⁰ Ver también en: *Comentarios a la ley de arbitraje*, a cargo de CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN, «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-ECB Ediciones, vol. 25, 2014, segunda parte, p. 860.

¹⁷¹ Ver en: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Carlos Alberto SOTO COAGUILA y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 601.

la ley —nunca hay que olvidarlo—, les otorgaron para resolver una controversia determinada [...].¹⁷²

En puridad se puede decir que el laudo arbitral es, en esencia, la resolución o decisión que, dentro del trámite del procedimiento arbitral, dicta el árbitro o tribunal arbitral. En este sentido, la doctrina distingue varios tipos de laudos, a saber:

- a) *Laudos parciales*. Es aquél que finaliza sobre una parte del objeto del litigio, es decir, sobre uno de los puntos de la demanda o contratación.¹⁷³ El artículo 37 de la Ley de Arbitraje dispone que:
 - 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios [...].
- b) *Laudos definitivos o firmes*. Es el que dispone de todos los puntos legales en controversia sometidos al tribunal arbitral y cualquier otra decisión de tribunal arbitral que determine en forma definitiva cualquier cuestión, sustancia, de su competencia.
- c) *Laudos de derecho y de equidad*. Son aquéllos en los que el árbitro decide el caso, ya sea de acuerdo al ordenamiento jurídico o ya sea de acuerdo a su conciencia o equidad (justicia, razón), pero no estando obligado a sustentarla jurídicamente, mas sí debe exponer las razones que conducen a la decisión adoptada.
- d) *Laudo por acuerdo de las partes*. Si durante el procedimiento arbitral, las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controver-

¹⁷² CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 1, pp. 241-242.

¹⁷³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2008, p. 385.

sia, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, elevará el acuerdo a la categoría de laudo. Un laudo, por acuerdo de las partes, tendrá la misma naturaleza y efectos que un laudo definitivo dictado sobre el fondo del litigio.

En cuanto a la estructura del laudo, tal estructura formal

[...] se suele corresponder básicamente con las de la sentencia judicial, aunque el árbitro goza de libertad para dar al laudo la forma que estime conveniente, con tal que aparezca motivado —salvo que las partes hayan autorizado otra cosa— y se exprese con claridad su fallo [...]. El laudo es, formalmente hablando, aquel acto del órgano arbitral en que éste emite un juicio resolviendo una controversia, y en virtud del cual, o bien satisface una pretensión por su conformidad con el derecho objetivo, o bien creando, modificando o extinguiendo una situación dada [...] El laudo arbitral es un acto decisorio similar a una sentencia, pero no es cabalmente una sentencia, en cuanto pone fin a un proceso de arbitraje que resuelve un conflicto entre partes y que se manifiesta externamente por un acto de voluntad del árbitro [...].¹⁷⁴

Al respecto, la ley de arbitraje no define el «laudo arbitral», mas dispone sus principales características, a saber:

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.
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 ex-

¹⁷⁴ MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, 3.ª edición, p. 649.

clusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67.¹⁷⁵

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. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:
 - a. Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.
 - b. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
 - c. Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

Artículo 55.- Forma del laudo

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante.

¹⁷⁵ Como señalan Mario CASTILLO FREYRE, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN, citando ellos también a José Francisco Merino Merchán y José María Chillón Medina: «La doctrina ha señalado que la cosa juzgada generará efectos procesales y sustantivos. Así, el efecto de la cosa juzgada formal de los laudos arbitrales es la firmeza o imposibilidad de acatar en vía de recurso la decisión tomada, y permitiendo, en definitiva, la eficacia de la cosa juzgada materia y la ejecutabilidad de lo fallado [...]. Respecto a los efectos procesales o formales del laudo arbitral, éste se trata de un acto procesal último; el que determina la culminación del arbitraje mismo. El efecto sustantivo o material más importante, claro está, es que pone fin al conflicto o disputa, disponiendo el cumplimiento obligatorio del mandato o mandatos en él contenidos». Ver en: *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-ECB Ediciones, 2014, vol. 26, segunda parte, p. 932.

Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

2. Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.
3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.

Artículo 56.- Contenido del laudo

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.
2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Respecto a la motivación de los laudos arbitraje, resulta oportuno citar al Magistrado Julio Martín Wong Abad quien en una reciente publicación (*La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la Jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial*. Lima: Jurista Editores, 2013, pp. 77-87) quien manifiesta que: «La posibilidad de que los árbitros se encuentren exonerados de motivar el laudo por acuerdo de las partes se encontraba prevista en la anterior ley de arbitraje únicamente para el caso del arbitraje internacional [...]. Algunos justifican la posibilidad de esta renuncia [a la motivación] en la “ausencia de jurisdiccionalidad de la función arbitral”, tal vez impresionados por afirmaciones tan contundentes como ésta de Iacoviello: *Dunque, non c’è giurisdiziones senza motivazione* [...]. Sin embargo, creemos que no existe obstáculo, para nosotros, en la naturaleza de los derechos sustantivos que han sido sometidos a la decisión de la jurisdicción: los derechos que han sido sometidos voluntariamente a una decisión inmotivada son derechos disponibles que podrían ser, siguiendo el deseo de su titular, donados, abandonados o, incluso, destruidos. Si esto es así, si la naturaleza disponible de los

Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia.

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.
2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.
3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.
4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
[...]
 - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

derechos permite sujetarlos, incluso a la suerte, no observamos razón alguna para que no puedan quedar sujetos al arbitrio de una persona que ha sido elegida por la confianza que en ellas depositan las partes. Como sostiene también Cantuarias: “[...] entendemos que es un derecho de todo individuo el saber las razones por las cuales ganó o perdió un caso. Pero, recalcamos, es su derecho, por lo que no entendemos por qué este derecho deba considerarse como uno de orden público, que no permita a una persona decidir libremente si quiere o no que su fallo arbitral sea motivado”. [...] Por consiguiente, dentro de los límites del arbitraje, el derecho fundamental a la motivación de las resoluciones jurisdiccionales puede ser renunciado con las limitaciones que desarrollaremos más adelante».

- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral [...].

3.3.8. La ejecutabilidad y ejecución del laudo como garantías de la efectividad de la justicia arbitral

La ejecutabilidad o cualidad ejecutable del laudo es otra de las características jurídicas del arbitraje. Esta característica deriva de la calidad de cosa juzgada que el laudo arbitral tiene al ser expedido y notificado a las partes. La decisión contenida en el laudo arbitral es —al igual que una sentencia judicial expedida en última instancia— una decisión definitiva, irrecurrible y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Mas, en tanto a que la sentencia judicial definitiva tiene que transitar por un largo y azaroso camino desde que es expedida en primera instancia hasta arribar a una decisión definitiva (apelaciones, nulidades, casación, nulidad de cosa juzgada fraudulenta), el laudo arbitral, en cambio, con pronunciamiento en una única instancia sobre el fondo del asunto controvertido es siempre una decisión única, definitiva, inapelable o irrecurrible y, por ende, goza inmediatamente de los efectos de la cosa juzgada, adquiriendo la calidad ejecutable y es de ineludible cumplimiento.

La ley de arbitraje reconoce tal calidad, al disponer que:

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.

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.

La cualidad ejecutable del laudo arbitral conduce, a su vez, a que el ordenamiento jurídico reconozca o le otorgue la calidad de «título ejecutivo» al documento y acto que lo contiene, y la obligación en él contenida podrá ser exigido judicialmente a través del Proceso Único de Ejecución, siempre que contenga una obligación, cierta, expresa y exigible, líquida o liquidable en caso de tratarse de obligación dineraria. Así lo establecen los artículos 688 y 689 del Código Procesal Civil.¹⁷⁷

La firmeza del laudo exigida, por ejemplo, en el artículo 688, inciso 2 del Código Procesal Civil para la procedencia de su ejecución se refiere, entonces, no a que el laudo se encuentre consentida o ejecutoriada, sino que sobre él no se haya interpuesto pedido de rectificación, interpretación o integración en el procedimiento arbitral.¹⁷⁸ Empero,

¹⁷⁷ Código Procesal Civil:

Artículo 688.- Títulos ejecutivos.- Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:

1. Las resoluciones judiciales firmes;
2. Los laudos arbitrales firmes [...].

Artículo 689.- Requisitos comunes.- Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.

¹⁷⁸ A este respecto, la ley de arbitraje dispone:

Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:

fuera de esta posibilidad, el laudo, desde su notificación a las partes, es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, teniendo el laudo la calidad de título ejecutivo, ¿qué características o cualidades tiene, entonces, su ejecución?

-
- a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
 - b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
 - c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
 - d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
 - e. El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.
 - f. El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.
2. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.
 3. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

En principio, se debe tener presente que la ejecución del laudo, cuando no es realizada por el propio obligado, constituye una actividad sustitutiva de lo que debió realizar el obligado según los términos del laudo. La actividad sustitutiva de ejecución del laudo puede ser de dos formas: a) ejecución arbitral; y, b) ejecución judicial.

Una primera observación a esta distinción es que no es verdad que toda ejecución del laudo deba efectuarse en sede judicial, sino que cabe que el laudo sea ejecutado en propia sede arbitral. Así está contemplado, en la Ley de 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.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

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.

Como bien observan Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya y otros, la ejecución arbitral es una figura nueva, contemplada por la ley de arbitraje dentro de la tendencia doctrinal que otorga mayores facultades a los tribunales arbitrales a efectos de desarrollar mejor no sólo el proceso, sino, en este caso, la ejecución del propio laudo.¹⁷⁹ Precisando, sin embargo, que la facultad de ejecución del laudo que el tribunal arbitral pueda tener es sólo a condición de que las partes hayan llegado a tal acuerdo previsto, ya sea en el mismo convenio arbitral o en otro momento posterior, o bien en virtud de dicho convenio o acuerdo posterior, las partes hayan acordado, a su vez, someterse al reglamento de la institución arbitral a cargo del arbitraje, y en él esté prevista la posibilidad de la ejecución del laudo por el propio tribunal arbitral. De no existir tales supuestos, el tribunal arbitral no tiene facultad de ejecución del laudo.

Ahora bien, la ejecución del laudo en sede arbitral tiene limitaciones propias de la naturaleza no-jurisdiccional del arbitraje. Una de esas limitaciones es la falta de *coertio* de la que no gozan los árbitros. La *coertio* es una cualidad propia de los órganos jurisdiccionales que gozan

¹⁷⁹ Ver en: *Comentarios a la ley de arbitraje*. Segunda parte, a cargo de CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-ECB Ediciones. Lima, 2014, vol. 25, p. 1036.

de poder [jurisdiccional], consistente en hacer cumplir sus resoluciones y recurrir a otras autoridades con dicho objeto.¹⁸⁰

Los árbitros en ejecución del laudo no pueden ordenar el empleo de la fuerza pública, ni el descerraje de un inmueble. Pero ello, en modo alguno implica que no tengan facultades (si las partes les han otorgado) para ejecutar su propio laudo y para requerir a la parte ejecutada su cumplimiento. Tal como precisa el artículo 67 de la Ley de Arbitraje, toda ejecución será posible, a no ser que para ello —y a discreción del propio tribunal arbitral— «considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública». Así podrá ordenar a las partes la entrega de un bien, el pago o cumplimiento de obligación, podrá, incluso, ordenar a autoridades públicas el cumplimiento de su mandato; a los registradores públicos, la inscripción —bajo responsabilidad— del laudo; llevar adelante la venta de un bien; ordenar embargos; ordenar el desalojo; disponer el lanzamiento; el secuestro de bienes, etc.

Pero si para la ejecución de todas estas medidas y decisiones requiere el uso de la fuerza pública, tendrán las partes que recurrir al juez competente para que emita la orden correspondiente.

El poder de ejecución que las partes han concedido al árbitro es muy importante en la satisfacción del derecho a la tutela procesal efectiva dentro del proceso arbitral, pues no toda ejecución conlleva, necesariamente, el uso de la fuerza pública, y aun en los supuestos en que fuera requerido pueda que el ejecutado cumpla voluntariamente con la obligación al mero requerimiento, para lo cual no sea necesario el empleo en sí de la fuerza pública.

La posibilidad de ejecución del laudo en sede arbitral es una de las notas características resaltantes de la ley de arbitraje nuestra, que es re-

¹⁸⁰ ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*. Lima: Eddili, s/f., 8.^a edición, p. 88.

conocida como una de las mejores leyes del mundo. Un ejemplo puede mostrarnos las bondades de esta institución. Veamos.

En el caso de que en el laudo, el tribunal arbitral, amparando la demanda, ordene que el demandado entregue un bien inmueble determinado al demandante, y si bien la futura y probable ejecución forzada conlleve necesariamente el empleo de la fuerza pública (para lo cual el árbitro carece de *coertio*), sin embargo, tal *coertio* no necesariamente puede requerirse en el caso concreto, pues ante al requerimiento de lanzamiento o de la misma orden de lanzamiento, el demandado puede que cumpla el mandato a su voluntad. Ergo, se habría recurrido innecesariamente al Poder Judicial para su ejecución con todos los problemas, defectos y desventajas que este mecanismo de solución de controversias tiene, cuando bien, en sede arbitral se hubiera arribado a tal propósito, en forma pronta y efectiva.

Siguiendo con el ejemplo planteado, aun en el caso de que el ejecutado haga caso omiso a la orden de ejecución (lanzamiento) y no quede más que recurrir al Poder Judicial para su cumplimiento, sin embargo, en esta sede, la ejecución judicial no tiene por qué volver a transitar el camino ya avanzado (en ejecución) en sede arbitral.

Así, si en el procedimiento de ejecución arbitral (siempre en el caso planteado) se ha requerido al ejecutado, éste ha tenido oportunidad objetiva de ejercitar su derecho de defensa (oposición a la ejecución), se ha dispuesto el apercibimiento correspondiente y se ha ordenado el lanzamiento, y en este estado y límite (de la ejecución arbitral del laudo) el ejecutante recurre al Poder Judicial, el proceso único de ejecución que se inicie, no tiene por qué volver a repetir todo ese *iter* procesal de ejecución ya avanzado en sede arbitral.

El órgano jurisdiccional de ejecución debe sólo continuar con la ejecución en el estado en que fue suspendida en sede arbitral (por falta de *coertio* del tribunal arbitral o por decisión propia del ejecutante); si

ya ha existido orden de lanzamiento, debe, entonces, disponer, simplemente, la ejecución de dicho lanzamiento.

En suma, el árbitro o tribunal arbitral tiene facultad para ejecutar el laudo si tal facultad le ha sido otorgada por las partes o esté contemplado en el reglamento de la institución arbitral a la que decidieron someterse. Pero también, el árbitro tiene la facultad discrecional de suspender la ejecución ya iniciada y no culminada si para su continuación o culminación requiere del empleo de la fuerza pública, la cual es facultad propia de los jueces.

Y, en tal caso, la ejecución judicial de dicho laudo no debe ser sino la continuación de la ejecución que ya había sido iniciada en sede arbitral y no la repetición innecesaria de los actos de ejecución ya llevados a cabo en el procedimiento arbitral.

En cuanto a la ejecución del laudo en sede judicial propiamente dicho, tal ejecución procede, en tanto que la parte beneficiada con el laudo decida recurrir a los órganos jurisdiccionales, ya sea porque aun existiendo acuerdo de ejecución arbitral opte por la vía judicial por cuanto la ejecución, probablemente, requiera del empleo de la fuerza pública necesaria o simplemente decida recurrir para tales efectos a los órganos jurisdiccionales (en este caso, de haberse convenido por la ejecución arbitral, el ejecutante corre el riesgo de que, en sede judicial, la parte ejecutada deduzca la excepción de convenio arbitral, dado que éste se ha hecho extensivo aún a la etapa de ejecución del laudo), o ya sea por cuanto en el trayecto de la ejecución arbitral ya iniciada, el árbitro haya decidido suspender la ejecución por requerirse para su culminación del empleo de la fuerza pública.

Es de aclararse que, no obstante haber pactado las partes la ejecución arbitral del laudo, sin embargo, ello no obliga a la parte favorecida con el laudo a recurrir a sede arbitral para tal ejecución, pues bien puede optar por que, desde sus inicios a la ejecución judicial, requiera o no del

empleo de la fuerza pública, con la precisión ya efectuada de la excepción de convenio arbitral que la parte ejecutada pueda deducir.

Lo claro y concreto es que la ejecución del laudo en sede judicial, goza de un instrumento privilegiado como es el proceso único de ejecución (regulado en el Código Procesal Civil) y de normas procesales también especiales para el cumplimiento de los fines de la ejecución y la protección de la justicia arbitral misma.

Así, el juez competente para el conocimiento del referido proceso son los jueces comerciales o en su defecto los jueces civiles o mixtos en lugares en donde no hubiere tal subespecialidad. Basta para el dictado del mandato de ejecución el solo mérito del laudo arbitral. Y la parte obligada sólo podrá oponerse al mandato de ejecución si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66 de la Ley de Arbitraje.

Incluso, la resolución que declara infundada la oposición es apelable sin efecto suspensivo, es decir, la ejecución prosigue sí o sí. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo. Así, la efectividad de la ejecución del laudo arbitral —aun en sede judicial— es una de las notas características de la justicia arbitral.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE: TEORÍAS Y POSICIÓN NUESTRA

La presente obra académica no puede prescindir del tocamiento doctrinario respecto de una de las discusiones interminables del arbitraje: su naturaleza jurídica. ¿Qué es en sí el arbitraje? ¿Un contrato o un acto puramente negocial? ¿Un acto jurisdiccional o equivalente a la función jurisdiccional o un acto estrictamente procesal o procedimental? ¿O es una institución compleja y con particularidades propias?

Algunos autores consideran irrelevante esta discusión,¹⁸¹ pero la teorización del arbitraje sí que lo exige. Recientemente se ha publicado, a su vez, un estudio sobre «La naturaleza procesal del arbitraje», a cargo del profesor Aníbal Quiroga León,¹⁸² el cual denota la continua preocupación de estudiosos sobre el problema, también en nuestro país.

He aquí, entonces, el esbozo de las principales teorías que buscan responder tales interrogantes, así como la exposición de nuestra posición.

4.1. Teoría privatista o contractualista

Como precisa el profesor Carlos Matheus López, esta teoría sostiene que el arbitraje no es más que la manifestación de la autonomía de la voluntad expresada en el convenio arbitral contenido, muchas veces, en el contrato que celebran las partes y en virtud del cual las partes se comprometen a recurrir a un tercero —árbitro— en caso de suscitarse una controversia y cuya decisión deviene obligatoria para las partes, al

¹⁸¹ PRIORI POSADA, Giovanni refiere, por ejemplo, que:

«[L]a discusión en torno a si el arbitraje es o no jurisdicción, o si es más bien una institución que emana de la autonomía de la voluntad, nos parece que es absolutamente intrascendente para determinar si es que el laudo arbitral puede ser objeto o no de control de constitucionalidad. Este punto es importante, ya que a raíz de la consideración del arbitraje como jurisdicción, que hace nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional ha elaborado toda su justificación del control de constitucionalidad de laudos arbitrales a partir de su reconocimiento como jurisdicción. Es por ello que más de uno podría pensar que matando el presupuesto del que parte el Tribunal Constitucional (es decir, aquel de que el arbitraje es jurisdicción), se eliminaría la tesis de admitir el control de constitucionalidad de laudos. Discrepamos. Aun en el caso en que aceptemos la tesis de que el arbitraje no es jurisdicción, sino que es una institución puramente privada, que emana de la autonomía de la voluntad de las partes, no se puede esgrimir un argumento que tenga por finalidad eliminar la posibilidad de control de constitucionalidad de los laudos [...]».

¹⁸² QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La naturaleza procesal del arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

haber aceptado previamente por ellas, recurrir a este medio de solución de conflictos.¹⁸³

Así, los sostenedores de esta teoría equiparan el arbitraje a un contrato privado «como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas».

Parte esta teoría del momento inicial del arbitraje: el convenio arbitral. En los supuestos en que es posible la disposición de sus derechos pueden acordar que los conflictos sobre esos derechos disponibles sean resueltos por terceras personas, obligándose a aceptar la resolución que dichos terceros adopten. La conclusión principal a la que llegan los autores que defienden las tesis contractualistas es que el arbitraje se sitúa necesariamente en el ámbito del derecho privado.¹⁸⁴

Fernando Vargas García resume esta teoría exponiendo como características principales las siguientes:

1. El arbitramiento tiene una naturaleza privada. Deriva de un acuerdo de voluntades entre las partes, que convienen en someter su diferencia a la decisión de los árbitros.
2. Los árbitros son particulares designados por las partes, que igualmente son personas privadas. El vínculo entre árbitros y partes, es privado y contractual.
3. El árbitro, en consecuencia, no ejercita acto jurisdiccional alguno, deriva su poder de la facultad que le han conferido las partes en virtud de un contrato, no tiene poder de coacción, es remunerado por las partes y, en fin, no es funcionario sino un individuo privado.
4. El laudo no es una verdadera sentencia, sino que deriva su obligatoriedad de la voluntad misma de las partes que han

¹⁸³ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *Introducción al derecho de arbitraje*. Lima: Semper Veritas Ediciones, 2006, p. 26.

¹⁸⁴ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 41.

querido someterse a ella. Ella, pues, obligatorio por sí mismo, como son obligatorios los contratos [...].¹⁸⁵

Frank García Ascencios resume esta teoría que:

La naturaleza del arbitraje es el contrato, el cual implica (1) el acuerdo entre las partes que antes o durante el conflicto deciden manifiestamente que sus controversias sean resueltas en arbitraje (convenio arbitral) y (2) un segundo contrato o el acuerdo entre los árbitros y las partes para que los jueces privados resuelvan las controversias sometidas a su competencia.¹⁸⁶

De este modo, consideran que el arbitraje no constituye una función jurisdiccional, no tiene por qué estar reconocido como tal en la Constitución Política, que sus principios no son los correspondientes al Poder Judicial, sino, básicamente, anclados en los de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual, por lo que el Poder Judicial y el Estado deben respetar la autonomía plena de la función arbitral, que no resulta relevante el hecho de que la Constitución reconozca o no al arbitraje como mecanismo de justicia, pues ésta tiene su fundamento en la referida autonomía privada de las partes contratantes.

Roca Martínez refiere que el arbitraje

[...] no supone actuación jurisdiccional, sino que es un método privado de resolución de conflictos, tanto por su origen, como por los sujetos que actúan, la calidad en que lo hacen, la responsabilidad que asumen y el procedimiento que utilizan [...].¹⁸⁷

¹⁸⁵ VARGAS GARCÍA, Fernando. «Naturaleza jurídica del arbitramiento civil». Tesis presentada para optar el grado de doctor en ciencias jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, p. 34.

¹⁸⁶ GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Amparo versus arbitraje*. Lima: Editorial Adrus, 2012, p. 4.

¹⁸⁷ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 80.

A su turno, la profesora Ledesma Narváez precisa que:

Según esta posición, en el arbitraje no hay ejercicio de función jurisdiccional porque los árbitros carecen de dicha potestad. La jurisdicción es un atributo estatal reservado en exclusiva a los jueces estatales. Si la jurisdicción consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, los árbitros no pueden en absoluto hacer lo segundo; y, aunque sin duda hacen lo primero, es decir, juzgan, el laudo puede ser controlado posteriormente por los jueces estatales —en el aspecto formal— para validarlo (Roca Martínez, 1992: p. 80) [...].¹⁸⁸

A este respecto, Silvia Barona Vilar, catedrática de la Universidad de Valencia, España, afirma que:

Esta concepción no se sostiene en la actualidad, probablemente, porque los componentes *iuspublicistas* y la eficacia del laudo arbitral impiden abogar por una concepción *iusprivatista* basada tan sólo en los componentes contractualistas. Estos últimos no alcanzan a explicar la naturaleza de la función ejercida por los árbitros, amén de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye al laudo arbitral.¹⁸⁹

Según Francisco González de Cossío:

Siendo el arbitraje un resultado de la libertad contractual, es la autonomía de la voluntad la que da origen a dicho sistema de justicia privada. Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y consideran que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes.¹⁹⁰

¹⁸⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.ª edición, pp. 31-32.

¹⁸⁹ BARONA VILAR, Silvia. «Arbitraje en el modelo de justicia español del siglo XXI». En *Derecho arbitral*. Lima: Editorial Adrus, 2013, p. 41.6.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homaje a don Raúl Medina Mora». Ver versión electrónica en:

4.2. *Teoría publicista o jurisdiccionalista*

Sostiene contrariamente que el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es, la cosa juzgada. Dicho de otro modo, los árbitros ejercen su función si bien porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley.¹⁹¹ El arbitraje existe y tiene razón de ser por gozar de jurisdicción.¹⁹²

En nuestro país, ha sido el Tribunal Constitucional el que de modo enfático ha asumido esta teoría sosteniendo que:

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución [...]. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un tribunal arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este tribunal efectúe una lectura *iuspublicista* de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones

<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.

¹⁹¹ Véase, en este sentido, a LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. En *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.^a edición, p. 32.

¹⁹² GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Ob. cit.*, p. 9.

del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.¹⁹³

Asimismo, desde otra perspectiva, el tribunal consideró:

[...] este tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible [...], con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.¹⁹⁴

Las características específicas de esta teoría, son —a decir del profesor Fernando Vargas García—:

1) Los árbitros son jueces que realmente ejercitan actividad jurisdiccional del Estado, [...]. 2) Los árbitros, no obstante ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley le ha conferido a las partes la facultad de colocar en cabeza de ellos, y por mientras desempeñan sus funciones, una parte de la

¹⁹³ STC n.º 6167-2005-PHC/TC (Fundamentos n.º 11 y n.º 12). Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

¹⁹⁴ STC n.º 6167-2005-PHC/TC (Fundamento 14), Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

soberanía del Estado para que en el desarrollo de ésta decidan obligatoria y definitivamente el conflicto que se ventila [...]. 3) El laudo es una verdadera sentencia. 4) La responsabilidad de los árbitros es idéntica a la que pesa sobre los Jueces del Estado [...].¹⁹⁵

Sustentando esta teoría, Roque J. Caivano expresa que:

Aunque la tradicional doctrina procesal haya pretendido negarlo o minimizarlo, hoy se reconoce que los árbitros y amigables compondores también ejercen jurisdicción, ya que en su desempeño se encuentran las características propias de aquélla. Admitir la jurisdicción en manos privadas, ejercida por árbitros libremente elegidos por las partes, no es sino reconocer en los hechos la equiparación que tiene la autonomía de la voluntad de los particulares sobre sus derechos disponibles por la propia ley [...] Esta idea encuentra expresa recepción en el ordenamiento jurídico, que no sólo admite, sino que en ocasiones estimula —y a veces hasta impone— la utilización del arbitraje como forma jurisdiccional privada de solucionar determinada categoría de conflictos.¹⁹⁶

En otra participación, el profesor de la Universidad de Buenos Aires expresa que:

El arbitraje es una forma de «justicia privada». Lo que pretende significar a través de esta expresión —que no tiene connotaciones políticas o ideológicas— es que se trata de una actividad jurisdiccional ejercida por particulares que no integran los órganos del Poder Judicial de un Estado. La naturaleza jurisdiccional

¹⁹⁵ VARGAS GARCÍA, Fernando. «Naturaleza jurídica del arbitramento civil». Tesis presentada para optar el grado de doctor en ciencias jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, pp. 28-29. Citado por Luis Puglianini Guerra en: *La relación partes-árbitro*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, vol. 19, 2012, pp. 25-26.

¹⁹⁶ CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 13.

del arbitraje es hoy incuestionable, ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquélla: al fin y al cabo, la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia.¹⁹⁷

A su turno, Bruno Oppetit aboga también por la concepción jurisdiccionalista del arbitraje al manifestar que:

El arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlin: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia, privada, por cierto, pero una justicia, al fin y al cabo: ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución: desde el instante en que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural (y no solamente en el arbitraje institucional), así sea en forma adaptadas a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualesquiera que ésta sea.¹⁹⁸

Francisco González de Cossío manifiesta por su parte que:

Esta corriente sostiene que el arbitraje tiene, en su esencia, naturaleza jurisdiccional, ya que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar, y en ocasiones idéntica. Esta concepción del arbitraje postula que es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro

¹⁹⁷ CAIVANO, Roque J. «Retos del arbitraje frente a la administración de justicia». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 5, pp. 33-34.

¹⁹⁸ OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2006, pp. 57-58.

de su jurisdicción. Ello, dado que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. Por consiguiente, si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre, puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal.

4.3. *Teoría mixta o ecléctica*

Para reconciliar las dos teorías contrapuestas surge esta teoría intermedia que sostiene que el arbitraje es una institución de naturaleza contractual en su origen, pero jurisdiccional en sus efectos.¹⁹⁹ Es decir —a decir del profesor Roque J. Caivano— «los árbitros ejercen jurisdicción y, por lo tanto, de allí se deriva el status jurídico de su función. Ello sin desconocer que su origen es generalmente contractual. Sería así una función jurisdiccional cuya raíz genética es contractual; o, dicho de otro modo, tendría una raíz contractual y un desarrollo jurisdiccional. Se trata, en suma, de una jurisdicción instituida por medio de un negocio particular».²⁰⁰

Marianella Ledesma Narváez —citando a Bernardo Cremades— manifiesta que:

Es innegable que el arbitraje es una institución regulada por normas sustantivas, pertenecientes al derecho civil, mientras otras están reguladas por normas procesales. Nadie podría negar la naturaleza contractual del convenio arbitral o la del vínculo que

¹⁹⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.^a edición, p. 36.

²⁰⁰ Citado por GARCÍA ASCENCIO, Frank. *Ob. cit.*, p. 26.

une a los árbitros con las partes; pero, junto a ello, concurren también otras normas de naturaleza procesal, como las que regulan la formalización judicial del arbitraje, el control formal del laudo, su ejecución forzosa y la ejecución de las medidas cautelares. Esto nos lleva a reafirmar la teoría mixta o ecléctica, en el sentido de que el origen del arbitraje está siempre en la voluntad de las partes, principio de la autonomía privada, porque ello fundamenta la constitucionalidad del arbitraje, así como la necesidad de la actividad jurisdiccional para poder lograr la eficacia de éste. Algunas opiniones llegan, incluso, a sostener que el contrato de arbitraje genera, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, una jurisdicción privada, aunque sometida a efectos de legalidad al control de los jueces y tribunales estatales (Cremades 1998: p. 33).²⁰¹

En síntesis —afirma García Ascencios—, esta teoría,

[...] en primer lugar, sostiene que el acuerdo de las partes (convenio arbitral) para resolver sus controversias a través de un tercero imparcial, tiene naturaleza contractual, pues hay libertad contractual entre estas para regular sus intereses; y, en segundo lugar, considera que el poder para conocer y resolver controversias por parte de los árbitros, es una función jurisdiccional que equipara a los jueces del órgano estatal de justicia con los árbitros.²⁰²

A este respecto, resultan ilustrativas las palabras de Pantaleón Prieto, quien se pregunta:

¿Qué conviene más a aquellos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje contractual-civil o un arbitraje jurisdiccional-procesal? La respuesta me parece obvia; un arbitraje lo más contractual-civil posible (esto es, lo más informal y dispositivo posible), por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de los árbitros y el procedimiento arbitral; y lo más jurisdiccio-

²⁰¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ob. cit.*, p. 36.

²⁰² GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Ob. cit.*, p. 27.

nal-procesal posible en materia de ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra este propio de una sentencia judicial.²⁰³

Francisco González de Cossío explica esta teoría de la siguiente manera:

Ambas teorías recibieron cuestionamientos. Los aspectos medulares de la teoría contractual (el carácter contractual del laudo arbitral y el papel de los árbitros como representantes de las partes) fueron objeto de una enérgica crítica. De la misma manera, la postura meramente jurisdiccional parecía incompleta en varios aspectos. Ante ello se realizaron intentos para conciliar las dos escuelas de pensamiento. No obstante, la (aparente) total oposición de ambos puntos de vista, las teorías jurisdiccional y contractual pueden ser reconciliadas y así surge la teoría mixta. De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional, pero carecen de Poder Judicial (estatal) alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida. La teoría mixta o híbrida ha alcanzado dominancia mundial dado que el arbitraje comercial internacional muestra elementos tanto jurisdiccionales como

²⁰³ Citado por CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: José María Bosch, 2000, pp. 196-197.

Citado también por FLORES NANO, Lourdes y RAFFO VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, en: «El amparo de terceros contra el arbitraje. Corrección de algunos malos usos del arbitraje». En *Gaceta Constitucional*, Gaceta Jurídica. Lima, noviembre 2013, tomo 71, p. 252. Ver versión electrónica en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Lourdes%20Flores%20y%20Raffo%20Velasquez%20-%20GC%2071.pdf>.

contractuales. De conformidad con la teoría mixta, el arbitraje es un sistema de justicia privada creada contractualmente. Tanto el origen contractual como la función jurisdiccional tienen una influencia importante en el arbitraje. Un efecto importante que la teoría mixta o híbrida ha tenido es reconocer la fuerte, mas no avasalladora, relación entre el arbitraje y la sede.²⁰⁴

4.4. Teoría negocial-procesal

El creador de esta teoría es el profesor español Antonio Lorca Navarrete, quien sostiene que:

El convenio arbitral, antes que un contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes —«libremente» expresada— de elaborar estructuralmente un negocio jurídico, pero no con las consecuencias propias de un contrato (contractualismo), sino impropias de un ámbito funcional tan alejado del contractualismo.²⁰⁵

En palabras de Carlos Matheus López:

Esta teoría establece que «dado que el arbitraje resuelve cuestiones litigiosas a partir de la suscripción del convenio arbitral, se postula —en su origen— la existencia de un negocio jurídico impropio, no con las consecuencias propias de un contrato, sino con aquellas impropias de un ámbito funcional como es el procesal».²⁰⁶

²⁰⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora». Ver versión electrónica en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.

²⁰⁵ Citado por García Ascencios, Frank. *Ob. cit.*, pp. 27-28.

²⁰⁶ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Reflexión sobre el derecho de arbitraje peruano». En *Página del Centro de Arbitraje Amcham Perú*, agosto, 2003, n.º 3. Ver versión *on-line* en: <http://www.amcham.org.pe/arbitraj/PUBLICACIONES/LAUDO/2003/numero3.htm>.

En otra de sus publicaciones, Matheus López recalca que:

Frente a las teorías ya mencionadas, es preciso sostener el carácter procesal del arbitraje, pues resulta obvio que éste no importa propiamente una actividad jurisdiccional, como también es evidente que no todo en el arbitraje se reconduce a un planteamiento puramente contractual, insuficiente para justificar la existencia de un derecho a un debido proceso sustantivo arbitral al vincularse con aspectos tan íntimamente ligados con la sustantividad de un proceso como es la exigencia de alegar, de probar afirmaciones fácticas, de oponerse a la tramitación del arbitraje incoado o para, en fin, explicar el acceso a la jurisdicción estática mediante la vía del recurso de anulación de laudo. En la LGA, la función que asume el árbitro es procesal pero no jurisdiccional. El arbitraje es un ejemplo, de una actividad en la que se residencia la sustantividad del proceso a través de la técnica adjetiva que se prefiera, pero sin que ello suponga, en modo alguno, una conceptualización jurisdiccional ni del proceso ni del procedimiento arbitral. En tal forma, no toda actividad procesal necesariamente ha de ser jurisdiccional (como sucede con el arbitraje), ni toda actividad jurisdiccional ha de ser necesariamente procesal (como pasa con numerosos actos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa). El arbitraje justifica su naturaleza jurídica porque resuelve «controversias disponibles» y esa finalidad no se logra mediante su adjetivación jurisdiccional. Puesto que dicha funcionalidad surge a partir de la suscripción del convenio arbitral, conceptualizado como un negocio jurídico impropio —con autonomía estructural y funcional— que rehúye las teorías contractualistas para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, dado que dichas opciones si bien manejan una propedéutica negocial cercana al contractualismo, en cambio, se alejan de las soluciones procesales.²⁰⁷

²⁰⁷ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *Introducción al derecho de arbitraje*. Lima: Semper Veritas, 2006, p. 27.

En un reciente trabajo, Aníbal Quiroga León toma también posición por la teoría procesalista, al señalar lo siguiente:

Consideramos que el arbitraje tiene una naturaleza clara y eminentemente procesal. De eso no nos queda duda alguna [...]. Esto porque bien revisada la historia del proceso, el arbitraje fue el antecedente histórico del proceso jurisdiccional que el Estado se ha reservado de manera exclusiva y excluyente para sí, luego de la consolidación del Estado nación en el Estado democrático de derecho, recién desde fines del siglo XVIII. El proceso ha existido desde mucho tiempo atrás, casi desde el nacimiento mismo de la humanidad. Es decir, en la historia de la humanidad, la búsqueda de fórmulas pacíficas de solución de conflictos creó precedentemente al arbitraje (con el *arbiter*) como una de sus expresiones, sobre todo, en la fase de la *extraordinaria cognitio* del derecho romano.

Esto ocurrió mucho antes del nacimiento del proceso judicial jurisdiccional, como hoy conocemos al proceso que provee el Estado para la solución de los conflictos de los particulares, o de los particulares hacia el Estado. Ese esquema fue desarrollado, ampliado y mejorado, hasta llegar a la fórmula moderna del proceso judicial jurisdiccional a cargo del Estado, que ha monopolizado la administración de justicia, sobre todo, después del nacimiento del Estado-nación.

Sin embargo, debido a su utilidad marginal, el arbitraje quedó como un remanente entre los diversos modos de solución pacífica de controversias (como la transacción, la conciliación y la mediación), sólo que el arbitraje —al tener una estructura heterocompositiva (trilateral)— se asemeja o remeda (o ha sido remedado) por el proceso judicial jurisdiccional del Estado [...].²⁰⁸

²⁰⁸ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La naturaleza procesal del arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, pp. 93-94.

4.5. *Teoría autónoma*

Otra vez, recurrimos a Francisco González de Cossío para entender esta teoría. Así, este autor manifiesta:

La teoría de más reciente creación argumenta que el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, autónomo. Sostiene que el carácter del arbitraje podría ser determinado tanto jurídica como prácticamente mediante la observación de su uso y finalidades. Bajo esta luz, el arbitraje no puede ser clasificado como meramente contractual o jurisdiccional, y tampoco como una «institución mixta».

La teoría autónoma observa al arbitraje *per se*, lo que hace, lo que busca lograr, cómo y por qué funciona en la forma en que lo hace. Reconoce que el derecho arbitral se ha desarrollado para lograr la consecución armónica del arbitraje y de las relaciones comerciales internacionales.

La teoría autónoma es una versión refinada de la teoría mixta. Si bien reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el foco de atención de los mismos. En lugar de darle más peso al papel que el derecho de la sede del arbitraje puede ejercer y la autonomía de la voluntad de las partes, se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan a participar en el procedimiento arbitral. El arbitraje internacional se ha desarrollado, puesto que las partes han buscado un sistema flexible, no-nacional, para la solución de sus controversias comerciales. Para ello, los que utilizan el arbitraje buscan un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un procedimiento justo, diseñado para satisfacer ciertas características del caso particular, pero que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales, los cuales son justamente lo que se desea evitar. Al optar por el arbitraje, lo que se desea es que los árbitros

sean imparciales y justos, y que el laudo que, eventualmente, se emita, sea final, obligatorio y de fácil ejecución.²⁰⁹

En aras del sustento de esta teoría, Silvia Barona Vilar se pregunta:

¿Qué es lo esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje, sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce —el proceso— para su ejercicio? ¿Puede haber arbitraje sin convenio? ¿Puede haber arbitraje sin proceso? ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso? Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución: no es posible un arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto. Ello nos lleva a concluir que «el arbitraje es el arbitraje», y ésta es, a mi parecer, su naturaleza jurídica. Esto supone asumir que, efectivamente, en el arbitraje coexisten composiciones contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, quizás, el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma que forma parte del todo que es la justicia, convirtiéndose en un cauce más de los que integran las vías de tutela de los ciudadanos.²¹⁰

4.6. *Nuestra posición acerca de la discusión*

Tomar posición propia respecto de las diversas teorías expuestas acerca de la naturaleza del arbitraje constituye una tarea ardua, propia de doc-

²⁰⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora». Ver versión electrónica en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.

²¹⁰ BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, p. 48.

trinarios y estudiosos del problema; sin embargo, para los propósitos del presente trabajo, la misma resulta necesaria y hasta inevitable.

Nuestra posición fluye directamente de los fundamentos del arbitraje expuestos en puntos anteriores y, en principio, como consecuencia del atisbo de tales fundamentos, la teoría contractualista resulta insuficiente para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje.

Cierto es que el arbitraje no es sino manifestación de la autonomía de la voluntad expresada en el convenio arbitral. Sin embargo, el arbitraje no es sólo ello. Si bien el arbitraje tiene su sustento en la libertad de toda persona de optar en la solución de sus conflictos en un mecanismo también heterocompositivo equivalente a la jurisdicción, en tanto ello no se encuentra prohibido (prohibición que, por cierto, no sería posible en un Estado constitucional de derecho).

Sin embargo, esto que es su causa-fuente no corresponde a la causa-fin del arbitraje, esto es: constituir un medio alternativo de solución de conflictos de intereses en un caso concreto. Así, el arbitraje no es sólo contrato, sino también un medio para hacer justicia entre los hombres, este último similar a la jurisdicción que despliega el Estado.

Asimismo, en cuanto a la teoría jurisdiccionalista, desde ya esta posición también resulta errada por cuanto en su afán de atribuir carácter jurisdiccional al arbitraje desconoce el indiscutible origen contractual del mismo.

Sin embargo, el error central de esta teoría radica en que identifica la función de los árbitros con la función jurisdiccional. Sostienen que los árbitros ejercen su función, si bien porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley.²¹¹ El arbitraje

²¹¹ Véase en este sentido a LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. En *Ob. cit.*, p. 32.

existe y tiene razón de ser por gozar de jurisdicción.²¹² Llegan a veces al extremo de negar, incluso, el fundamento contractual del arbitraje.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional nuestro fue enfático al sostener que:

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24 literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución.²¹³

Asimismo, autores como Roque J. Caivano sostienen con bastante convicción que:

Aunque la tradicional doctrina procesal haya pretendido negarlo o minimizarlo, hoy se reconoce que los árbitros y amigables compondores también ejercen jurisdicción, ya que en su desempeño se encuentran las características propias de aquella [...] ²¹⁴ [...] La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es hoy incuestionable, ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquella: al fin y al cabo, la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia.²¹⁵

Como bien observa, Juan Monroy Palacios:

[E]l arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción, pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su

²¹² GARCÍA ASCENCIO, Frank. *Ob. cit.*, p. 9.

²¹³ STC n.º 6167-PHC/TC (fundamento n.º 11). Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

²¹⁴ CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 13.

²¹⁵ CAIVANO, Roque J. «Retos del arbitraje frente a la administración de justicia». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 5, pp. 33-34.

configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y, además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Si fuera así, se quebraría el concepto de principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos, en ninguna parte del mundo se postula ello.²¹⁶

Y agrega en otro párrafo de su trabajo que:

La «jurisdicción excepcional» que algunos pretenden llevar hasta sus últimas consecuencias, valiéndose simplemente del texto expreso de la norma constitucional, es una categoría que no resiste el más mínimo análisis. Técnicamente, el nombre correcto para crear campos diferenciados respecto de la actividad de los jueces ordinarios es la «jurisdicción especial», pero más allá del *nomen juris*, que siempre es lo accesorio, es necesario tener en cuenta la posibilidad de que el ordenamiento constitucional prevea jueces distintos a los ordinarios, tiene como presupuesto insuperable el respeto por la «unidad de la jurisdicción» [...].²¹⁷

En otro de sus fundamentos, Monroy Palacios agrega contundentemente que:

Vistas así las posiciones [acerca sobre la naturaleza jurídica del arbitraje], resulta sencillo constatar que en nuestro país el problema está planteado en modo inverso. Muchos piensan que el arbitraje debe alcanzar la categoría de jurisdicción para lograr respeto por parte de los jueces ordinarios.²¹⁸ Otros, como si se

²¹⁶ MONROY PALACIOS, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Monroy Palacios, Juan José (dir.). Lima: Comunitas, 2008, n.º 10, pp. 143-144.

²¹⁷ MONROY PALACIOS, Juan José. *Ob. cit.*, p. 143.

²¹⁸ Tan cierta es esta afirmación que uno revisando los Diarios de Debates de la gestación de las Constituciones de 1979 y la de 1993; y, particularmente, al reconocimiento constitucional del arbitraje y la conveniencia de elevarlo a la categoría de «jurisdicción arbitral» fue por un propósito más que nada práctico y no tanto porque lo exija su naturaleza jurídica. Como bien dijo Aramburu Menchaca replicando a Valle Riestra en el Debate de la Constitución de 1979: «No hay razón

tratara de fórmulas matemáticas, proponen una mixtura de la teoría jurisdiccional y la contractual, olvidando el antagónico sustrato ideológico que se encuentra en la base de cada postura, y otros más, sin esconder una ilusión neocorporativista, piensan que estamos encaminados en una tendencia hacia la «privatización de la justicia» tendrá los mismos poderes que el juez estatal.

para temer decir “jurisdicción arbitral”. Precisamente, una de las características del arbitraje no solamente es la forma de árbitros arbitradores, sino de árbitro *de jure*, y dentro de un sistema tan completo como el que tenemos en el Perú, cuya ley es considerada la mejor ley del mundo en la materia, es esa implicancia que tienen los tribunales arbitrales con el Poder Judicial. El Poder Judicial ejerce una función tuitiva sobre los tribunales arbitrales, es un tipo de jurisdicción, es un tipo si se quiere de jurisdicción voluntaria que las partes eligen, los jueces otras veces, inclusive, si se trata de tribunales arbitrales establecidos de antemano, cuando se trata del arbitraje administrado [...]. Queda muy bien la palabra “jurisdicción arbitral”, es algo que robustece el arbitraje. En este momento existe en el mundo un gran auge hacia el arbitraje [...]. De manera que invitaría a mi colega el doctor Valle Riestra, a fortalecer la institución del arbitraje que es tan práctica, manteniendo el término “jurisdicción arbitral”, que no es exactamente un contrato». Del mismo modo, en el Debate de la Constitución de 1993, el congresista Flores-Aráoz reconoció que: «[S]i bien es cierto que la jurisdicción la ejerce el Estado, y si bien es cierto también que ése es un derecho de las personas que tienen diferendos, el de recurrir a esa jurisdicción estatal, que es una garantía de la intervención del Estado para administrar justicia, esas mismas personas podrían voluntariamente acogerse a lo que se llama la jurisdicción voluntaria, que en este caso es la jurisdicción a la que se ha mal llamado “jurisdicción arbitral”, porque en el fondo no es jurisdicción, sino el acto voluntario de las partes que pretenden renunciar a la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción particular. Creo que darle mayor seguridad jurídica, con rango constitucional, a esta jurisdicción arbitral es conveniente [...]. Si bien es cierto que hay una Ley General de Arbitraje, si bien es cierto que los arbitrajes están reconocidos en tratados internacionales que suscribió el Perú, creemos que darle rango constitucional a esta norma es preferible a no hacerlo. No significa de modo alguno que desaparezca la jurisdicción arbitral al no estar dentro de la Constitución. Pero, si quienes utilizan esa jurisdicción desean darle ese rango, no veo por qué tenemos que oponernos a una cosa que es justa y que lógicamente nos haría sintonizar con la voluntad del pueblo peruano».

He aquí, también a nuestro parecer, el fundamento real del porqué el arbitraje fue reconocido como «jurisdicción excepcional» dentro de nuestra Constitución.

Distintas versiones alrededor de una idea común: la «jurisdicción arbitral».

El equívoco es notorio. Quienes promueven el arbitraje, con todas las ventajas que con justicia le asignan, se equivocan cuando intentan reforzar su desarrollo acercándolo a la jurisdicción. Por su parte, quienes aún buscan reducirlo a su mínima expresión, lo fortalecen creyendo que la autonomía privada sobre la cual se funda es poca cosa [...] en primer lugar, es evidente que la [teoría] «jurisdiccional» debe ser descartada por asignarle, prácticamente, un valor jurídico nulo al arbitraje. Ni siquiera la reformulación que ha sufrido esta teoría en los últimos años es válida, pues, ciertamente, el árbitro actúa por delegación de las partes y éstas no pueden dar lo que no tienen, con lo cual el camino hacia la «jurisdiccionalización» está cerrado.

En segundo lugar, pareciera que, de acuerdo a lo expresado, la teoría que más favorece al arbitraje es la «contractualista», sin embargo, ésta no es menos errada que la primera. Pretender atribuir al arbitraje y, sobre todo, a su producto final, el laudo, un valor meramente negocial es negar lo sucedido con este instituto, por lo menos, en los últimos cuarenta años, pues desde la Convención de Nueva York de 1958 (que utiliza, inclusive, la expresión «sentencia arbitral») se le reconoce una eficacia procesal equivalente a la de cualquier sentencia judicial, sin necesidad de homologación, tal como sucede hoy en nuestro país. Pese a ello, Satta, que nunca dejó de sentirse tuerto entre los ciegos, insistió con esta particular tesis hasta el fin de sus días.²¹⁹

En realidad, como señala José María Roca Martínez:

“Sólo con un análisis conjunto del arbitraje, como fenómeno complejo, sin olvidar ninguno de sus elementos, será posible aproximarse a su naturaleza jurídica. Así lo ha considerado Almagro Nosete, para quien «la naturaleza jurídica del arbitraje reclama un examen primero parcializado de los distintos momentos del mismo; y luego, global, que permita en atención al criterio del predominio resultante, determinar el encuadre del

²¹⁹ MONROY PALACIOS, Juan José. *Ob. cit.*, pp. 145-146.

instituto» [...]. Por último, distintas razones me llevan a considerar inadecuado tratar de encuadrar el arbitraje dentro de alguna de las posiciones doctrinales clásicas [...]. En general, las teorías contractualistas encuentran dificultades para explicar los efectos producidos por el laudo, en concreto, la cosa juzgada y la ejecutividad. Desde planteamientos jurisdiccionalistas se lucha por olvidar el origen contractual y privado del arbitraje y la relación entre las partes y los árbitros, acudiendo a rebuscados razonamientos. Por último, las teorías intermedias o eclécticas se proponen conciliar ambos posicionamientos, con las dificultades que ello conlleva, incurriendo en contradicciones terminológicas [...]. En definitiva, el arbitraje presenta una naturaleza jurídica propia, a la cual se llegará tras el análisis de sus distintos elementos.²²⁰

Sin embargo, nuestro citado autor, después efectuar dicho análisis de los elementos del arbitraje, concluye que:

Por todo lo expuesto, considero que el arbitraje no supone actuación jurisdiccional alguna, sino que es un método privado de resolución de conflictos, tanto por su origen, como por los sujetos que actúan, la calidad en que lo hacen, la responsabilidad que asumen y el procedimiento que utilizan [...] No obstante su influencia procesal es evidente, ya que precisa de ciertas garantías para su correcto desarrollo y eficacia y, en definitiva, a través de él se va a obtener un título ejecutivo que va a permitir acudir al Juzgado de Primera Instancia a solicitar su ejecución, siendo el Derecho Procesal quien otorga tales garantías [...]. Su origen contractual [del arbitraje] reclama una visión civilista respecto a la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás requisitos de dicho contrato; no obstante, respecto a la arbitrabilidad de las materias sobre las que surjan las cuestiones litigiosas, no basta este punto de vista, sino que deberá ser completado por el procesalista, [...]. En su desarrollo, el arbitraje presenta un evidente tracto procedimental, debiendo cumplir ciertos requisitos

²²⁰ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: José María Bosch, 1992, pp. 58-60.

de procedimiento, sin los cuales, la decisión arbitral no saldría de la esfera contractual [...].²²¹

Nosotros, si bien también nos alejamos de las teorías contractualista y jurisdiccionalista que por sí solas buscan explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, sin embargo, no concordamos con Roca Martínez y con cuantos consideran que el arbitraje tenga naturaleza procesal o procedimental.

Consideramos —a partir de los fundamentos del arbitraje ya expuestos— que la función arbitral no puede ser catalogada como jurisdicción ni tampoco ser equivalente a ella.

La jurisdicción se fundamenta en el poder que el Estado ejerce sobre las personas, es decir, tiene su causa-fuente en el denominado *ius imperium* y la llamada *soberanía popular*. La potestad de impartir justicia es impuesta por el Estado a los ciudadanos sobre la base de dichos principios fundamentales expuestos por el constitucionalismo clásico. El arbitraje, en cambio, se fundamenta en la libertad y la autonomía de la voluntad de las personas. El arbitraje —como ya se expuso— es, incluso, anterior a la formación del propio Estado, aparece con la formación del propio hombre como ser gregario y social, como un mecanismo natural de solución de conflictos. En modo alguno, se puede equiparar el arbitraje a la jurisdicción. Ambos tienen causas-fuentes distintas: Estado e *ius imperium* vs. libertad y autonomía de la voluntad.

El hecho de que el arbitraje —al igual que la jurisdicción— constituya un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos no puede tampoco conllevar a pretender otorgar «naturaleza» jurisdiccional al arbitraje. Acaso, ¿no se es capaz de reconocer que no toda impartición de justicia se obtiene únicamente a través del Estado y que existe, a su vez, otros mecanismos de solución alternativos a la justicia pública e incluso históricamente anterior a ella, fundado en la naturaleza libre y racional del hombre? La justicia que brinda el mecanismo arbitral es una justicia

²²¹ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Ob. cit.*, pp. 58-60.

privada que resulta ser alternativa, pero, a su vez, complementaria de la justicia pública o estatal que brindan los órganos jurisdiccionales.

El hecho —también— de que entre el arbitraje y la jurisdicción exista como elemento común el «proceso» o «procedimiento» tampoco puede conducir a postular válidamente una supuesta «naturaleza» procesal de nuestro instituto.

En principio, la «naturaleza» de un ser o ente es definida como «el principio generador del desarrollo armónico y plenitud de cada ser, en cuanto tal ser, siguiendo su propia e independiente evolución» o la «virtud, cualidad o propiedad de las cosas».²²²

Ergo, el elemento procesal o procedimental no puede ser, en modo alguno, ese principio generador del arbitraje ni ser causa ni fin de su desarrollo armónico. El proceso (o procedimiento) no es causa ni fin de ninguna institución jurídica. El proceso es siempre medio para el logro de un fin. Además, querer ver en el proceso como la *ratio essendi* del arbitraje no resulta convincente por cuanto el «proceso», entendida como un conjunto de actos destinados a un fin, siempre está presente en toda actividad humana.

Toda expresión de la cultura humana (dentro de ellos, las instituciones jurídicas) siempre sigue, se sirve o constituye un proceso, una secuencia concatenada y dialéctica de actos para el arribo de su finalidad. Luego —bajo esta visión—, el fundamento de todo el derecho sería el proceso o procedimiento, es decir, la forma. Sin embargo, el proceso no es sino la adjetivización de los fundamentos sustantivos de las instituciones jurídicas. El proceso o procedimiento es siempre el ropaje de una institución que, sin embargo, tiene su esencia en otros elementos, en elementos siempre ontológicos.

²²² Ambas son definiciones contenidas en el *Diccionario de la Real Academia Española*. Barcelona: Espasa, 2014, 23.^a edición, edición del tricentenario, p. 1524.

Ni el proceso ni el procedimiento son fuentes de nada, ni fin en sí mismos sino únicamente medios para el logro de un fin determinado. Así, para nosotros, la razón esencial del arbitraje no está en el medio (procedimiento, proceso) que es tan sólo su manifestación jurídica. La razón de ser del arbitraje está en la causa-fuente (libertad y autonomía de la voluntad) y en la causa-fin (justicia, equidad) ya desarrollada extendidamente en el presente trabajo, al tratar sobre «los fundamentos del arbitraje» en este mismo capítulo.

Por todo ello, nosotros consideramos que la teoría que mejor explica la naturaleza del arbitraje es la de la «teoría autónoma». En suma, el arbitraje es, simple y llanamente, eso: arbitraje. Una institución que nace de la autonomía de la voluntad, que tiene elementos equivalentes a la función jurisdiccional, pero, sin ser tal, sino la de ser un medio privado y alternativo de impartición de justicia, pero que, necesariamente, debe ser controlado por el Estado a través de la jurisdicción.

Nos parece oportuno reiterar las observaciones de Silvia Barona Villar al respecto:

¿Qué es lo esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje, sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer al ordenamiento jurídico un cauce —el proceso— para su ejercicio? ¿Puede haber arbitraje sin convenio? ¿Puede haber arbitraje sin proceso? ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso? Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución: no es posible un arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto. Ello nos lleva a concluir que «el arbitraje es el arbitraje», y ésa es, a mi parecer, su naturaleza jurídica. Esto supone asumir que, efectivamente, en el arbitraje coexisten composiciones contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, quizás, el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En

consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma que forma parte del todo que es la justicia, convirtiéndose en un cauce más de los que integran las vías de tutela de los ciudadanos.²²³

Asimismo, recurriendo otra vez a las observaciones del profesor Juan Monroy Palacios:

El arbitraje no es ni contractual ni procesal, ni una mezcla de ambos. Es una disciplina autónoma que, si bien puede construirse con ayuda de las demás parcelas del derecho, no se identifica con ninguna de ellas. Posee sus propios principios, problemas y especialistas, pero, lejos de aislarse, se integra con las demás ramas del derecho, sin perder su carácter autónomo. Por ello mismo, desde algunas décadas muchos juristas convienen en hacer referencia a una rama jurídica específica y diferenciada de las clásicas, cuyo nombre es el «derecho del arbitraje».

En este contexto, flaco favor le ha hecho el derecho procesal al arbitraje en su afán por lograr su autonomía a lo largo del siglo xx. En efecto, hoy es imperativo quebrar el centenario dogma que, bajo la autoridad de Giuseppe Chiovenda, equipara o, en todo caso, vincula inexorablemente a la jurisdicción con el proceso. ¡Es una idea tan perniciosa como generalizada! Ambas categorías pueden coincidir (en el «proceso judicial», por ejemplo), pero ello no significa que interactúan en todo momento. Mientras la primera evoca una actividad puramente estatal, la segunda tiene un ámbito de actuación que va mucho más allá de la jurisdicción. El proceso puede ser estatal, privado o inclusive internacional; a diferencia de la jurisdicción, no se encuentra limitada por la idea de Estado, de ahí la razón del fracaso de la conocida tesis de Montero Aroca (quien proponía la idea de un «derecho jurisdiccional», constatando correctamente, que la jurisdicción abarcaba zonas ajenas al proceso, pero olvidando que el proceso también tiene espacios de desarrollo ajenos a la jurisdicción).

²²³ Barona Vilar, Silvia. *Ob. cit.*, pp. 44-45.

Proceso y jurisdicción son categorías autónomas que pueden coincidir (como en los procesos judiciales) o no (proceso arbitral), sin que se altere el contenido esencial de cada una. El vasto y complejo escenario de los procedimientos administrativos, por ejemplo, es un caso en el cual concurre la actividad procesal con la participación del Estado, pero no hay jurisdicción; los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se desarrollan en un contexto procesal, pero no estatal, ni jurisdiccional (a menos que se utilice otra acepción y, por consiguiente, una categoría distinta); la Corte Suprema, una autoridad jurisdiccional, son públicas por naturaleza, pero no se realizan en el marco de un proceso. Por otro lado, el acto por el cual se investiga el comportamiento de un alumno por parte de una asamblea universitaria y donde, luego de permitirle el ejercicio del derecho de defensa, se resuelve su suspensión, constituye un proceso sin jurisdicción. Y así, finalmente, no es más ni menos que un proceso, sin que para tal calificación debamos hablar de jurisdicción, ni en general, de actividad pública alguna.

Éste no es el lugar para estudiar a plenitud las consecuencias que se derivan de reconocer que el arbitraje es un proceso, pero en lo que no hay duda es que, con las necesarias adecuaciones, la disciplina procesal se encuentra plenamente desarrollada en el campo arbitral [...].

Por último, como antídoto contra los excesos que suele conllevar la actividad intelectual de sustituir una teoría por otras, no está de más conservar esta idea: que el proceso alimente de contenido al arbitraje, no significa que el arbitraje se reduzca al proceso; ello es tan absurdo como pensar que el arbitraje es sólo un contrato.²²⁴

Frente a estas palabras tan contundentes no nos queda más que asentir con el profesor Monroy Palacios y dar razón también al Tribunal Constitucional que, al interpretar el «derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso» (artículo 139 de la Constitución), prefiere

²²⁴ Monroy Palacios, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Juan Monroy Palacios, José (dir.). Lima: Comunitas, 2008, n.º 10, pp. 147-149.

hablar con acierto de «derecho a la tutela procesal efectiva» que comprende los derechos de acceso a la justicia y el debido proceso.²²⁵

Sin embargo —una vez más—, reiteramos la no admisión de la postulación de la naturaleza «procesal» del arbitraje. Los fundamentos los hemos expuesto en líneas precedentes de este punto de la obra.

5. DEFINICIÓN DE ARBITRAJE

A estas alturas del presente trabajo estamos ya en condiciones de sistematizar los elementos esenciales que definen el arbitraje; esto es, aquel me-

²²⁵ Para el Tribunal Constitucional: «[...] [l]a tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso [...]».

La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial [...]. (STC n.º 6712-2005-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 13). Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>.

«[...] Es pertinente recordar que, según doctrina de nuestro ordenamiento constitucional la tutela jurisdiccional es un derecho “continente” que engloba, a su vez, dos derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC n.º 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste [...] comprende el acceso a la justicia y el debido proceso [...] (STC n.º 3938-2007-PA/TC, fundamento n.º 1). Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03938-2007-AA.html>.

canismo herecompositivo de solución de conflictos de intereses de libre disponibilidad, consustancial a la naturaleza y racionalidad del hombre, y a su evolución y desarrollo mismo; de ahí que históricamente el arbitraje sea muy anterior al Estado y al ordenamiento jurídico mismo.

El carácter disponible del conflicto da cuenta de que no cualquier conflicto puede ser materia de arbitraje, sino aquéllos referidos a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente, conforme a derecho. La disponibilidad de la situación jurídica en conflicto constituye el elemento esencial del arbitraje, es lo que permite la procedencia del arbitraje y el sometimiento de las partes a la justicia privada del arbitraje y su exclusión de la justicia estatal.

Es el elemento que justifica el poder de donde emana para que los árbitros puedan impartir justicia conforme a derecho o a su leal saber; es lo que justifica la prohibición de parte de los órganos jurisdiccionales de no injerencia en la justicia arbitral, el cual, básicamente, pasa por la prohibición de injerencia para resolver la cuestión de fondo del asunto materia de arbitraje, el cual —precisamente—, en virtud de la disponibilidad de los derechos, es potestad exclusiva y excluyente del tribunal arbitral, sin perjuicio de las facultades de control que, fuera de estos muros, pueda y deban ejercer los órganos jurisdiccionales.

El arbitraje constituye un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos dado que en el arbitraje no son las partes que solucionan el conflicto (como ocurre con los mecanismos autocompositivos), sino que ambas partes deciden someter la solución del conflicto a un tercer sujeto denominado «árbitro» (o tribunal arbitral); es decir, otorgan poder a dicho tercero para que éste decida la *litis*.

El poder que las partes otorgan al árbitro se funda en la libertad de la persona humana y, por ende, en el reconocimiento y respeto de ésta como «ser con dignidad» (artículo 1 de la Constitución); jurídicamente, dicha libertad se funda en el «principio de la autonomía de la voluntad»,

esto es, que toda persona tiene la libertad de autorregular su conducta, de hacer libremente lo que la ley no prohíbe, y no estar obligado a hacer lo que ella no manda (artículo 2, numeral 24, literal a) de la Constitución).

Esta autonomía de la voluntad en la que se funda el arbitraje se concretiza en cada caso en el llamado *convenio arbitral*. No es posible la existencia del arbitraje sin el convenio arbitral, y éste puede ser definido como el contrato en virtud del cual las partes ya en controversia, o previendo que pudiera surgir, confieren a una o más personas el poder de decidir el conflicto, aplicando ya sea el derecho o según leal criterio (equidad), ya sea en forma personal (arbitraje unipersonal) o ya sea conformando un tribunal (tribunal arbitral). La celebración del convenio arbitral arrastra dos consecuencias jurídicas: un efecto positivo, consistente en atribuir a los árbitros la potestad para resolver el conflicto; y un efecto negativo, consistente en prohibir que otro órgano (especialmente los órganos jurisdiccionales) pueda intervenir e interferir en la solución del conflicto a cargo de los árbitros.

No es posible la operatividad y eficacia del arbitraje sin dotarle de plena autonomía frente a otros órganos y otros mecanismos de resolución de conflictos, y de prohibir la interferencia de estos en la función de los árbitros, especialmente a la función jurisdiccional. De este modo, la «autonomía del arbitraje y la no injerencia de los órganos jurisdiccionales» constituye el principio rector del arbitraje en virtud del cual se dota al árbitro (o tribunal arbitral) la potestad exclusiva y excluyente de iniciar, tramitar y resolver el conflicto mediante laudo.

Esta autonomía se extiende, a su vez, para decidir acerca de su propia competencia en el conocimiento del conflicto que las partes, libre y convencionalmente, han sometido (sub *principio de kompetenz kompetenz*). Y, como consecuencia de dicha autonomía, ninguna autoridad pública o privada, actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá interferir ni dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excep-

ción del control jurisdiccional correspondiente, incluso, ya posterior al laudo y conforme a la Constitución y la ley. Cualquier intervención jurisdiccional distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

El arbitraje, si bien encuentra su *causa-fuente* en la libertad y en la autonomía de la voluntad; sin embargo, como todo mecanismo heterocompositivo de resolución de conflicto tiene su *causa-fín* en la justicia, ya sea que se trate del arbitraje de derecho o ya sea se trate del arbitraje de equidad o conciencia, la decisión que adopte el árbitro o tribunal arbitral resolviendo el conflicto, debe ser una basado en la justa razón, y para lo cual se requiere que el «proceso» mediante el cual se realiza la función arbitral esté dotado de garantías mínimas que hagan del mismo uno justo y equitativo (debido proceso arbitral y/o tutela procesal efectiva), tales como el derecho de acceso a la tutela arbitral, el derecho de contradicción y defensa, el derecho de prueba, el derecho y deber de independencia e imparcialidad de los árbitros, el derecho de motivación, la razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones arbitrales, entre otros, aplicables a la función arbitral.

Así, la naturaleza del arbitraje es la de ser una institución sui géneris, pues su *causa-fuente* (aspecto contractual del arbitraje) no es la que define por sí sola al arbitraje, sino también su *causa-fín* (aspecto *dikelógico* de la función arbitral). Equiparar el arbitraje a la función jurisdiccional o identificarla como el «equivalente jurisdiccional» es desconocer su naturaleza propia: la de ser un mecanismo natural de solución de conflictos de libre disposición, que nace muy anterior al Estado, y a la función jurisdiccional, consustancial a la evolución del hombre mismo como ser social. El arbitraje tiene su fuente en la libertad del hombre, en la autonomía de la voluntad, los mismos que no tienen su fuente en la Constitución, éste a penas los reconoce, sino en la dignidad de la persona humana.

6. CLASES DE ARBITRAJE

Sólo para los efectos de tener una idea cabal del arbitraje, resulta necesario presentar alguna de las modalidades de arbitraje más usados en la actualidad:

6.1. *Arbitraje institucional y arbitraje ad-hoc*

El primero, conocido también como «arbitraje administrado», «es un tipo de arbitraje que tiene su rasgo distintivo en la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia en el desarrollo del arbitraje. Son las partes quienes acuerdan en el convenio arbitral la participación de dicha institución con el ánimo de facilitar las actuaciones propias de los árbitros a lo largo del proceso, principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladores de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que ésta proporciona».²²⁶

Almagro Nosete complementa afirmando que:

El arbitraje institucional es el confiado a un centro de arbitrajes, entidad de carácter corporativo o institucional que administra aquel, mediante la designación de los árbitros, la sujeción del mismo a determinadas reglas de procedimiento, en su caso, y la facilitación, en general, de los medios necesarios para llevar a cabo el fin encomendado de dar solución arbitral al asunto.²²⁷

En el arbitraje *ad-hoc* (que sería, básicamente, un arbitraje no administrado) «las partes encargan su administración al propio tribunal arbitral y que se realizará conforme a las normas fijadas por este último o acordadas por las partes. Es decir, las partes, en ejercicio del princi-

²²⁶ DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. «Arbitraje institucional o arbitraje *ad-hoc*. ¿He ahí el dilema?» En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2005, n° 1, p. 234.

²²⁷ ALMAGRO NOSETE, J. «La nueva ley española de arbitraje». En *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairen Guillen*. Valencia, 1990, p. 37.

prio de libertad que inspira al arbitraje, podrán señalar válidamente las normas procesales que rijan el arbitraje, siempre, claro está, que ellas no vulneren el principio de igualdad (que exige que las partes reciban un trato equitativo y que cada una de ellas tenga la oportunidad de exponer su postura)». ²²⁸

En otras palabras, en el arbitraje *ad-hoc* «solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiéndose del apoyo de terceros para la organización y administración del arbitraje. No se involucra, por tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para la resolución de la controversia; siendo, en ese sentido, la administración y organización aludidos a cargo de tales actores». ²²⁹

La Ley de Arbitraje regula estas dos formas de arbitraje, al disponer que:

Artículo 7.- Arbitraje *ad-hoc* e institucional.

1. El arbitraje puede ser *ad hoc* o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.
2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.
3. En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad hoc*. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.

²²⁸ AMPRIMO PLA, Natale. «Arbitraje institucional o arbitraje *ad-hoc*». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna 2009, n.º 9, p. 43.

²²⁹ DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Ob. cit.*, p. 237.

4. El reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

6.2. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia o de equidad

En palabras de Carlos Matheus López:

Si el árbitro aplica la legislación vigente para resolver la cuestión, estamos ante el arbitraje de derecho. Por el contrario, si el árbitro ha de utilizar su leal saber y entender a la hora de dictar su decisión, el arbitraje es de equidad.²³⁰

Fernando De Trazegnies Granda precisa que:

El arbitraje de conciencia goza muchas veces del favor de los hombres de negocios porque éstos desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del derecho oficial. Acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base a la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos, se encuentre basada también en la buena fe antes que en una interpretación literal de un texto normativo. Otras veces, se escoge el arbitraje de conciencia porque el problema excede el ámbito de las leyes nacionales. En estas condiciones, para evitar tener que fijar una ley nacional que gobierna el contrato entre varias posibles, opta por un arbitraje de conciencia que permite al árbitro usar varias leyes nacionales a la vez desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes. También se opta por un arbitraje de conciencia cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del derecho de obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión.²³¹

²³⁰ MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «Breves alcances sobre el derecho de arbitraje peruano». En *Revista de Derecho*. Concepción: Universidad de Concepción, año LXIX (jul-dic 2001), n.º 210, p. 76.

²³¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996, n.º 12, p. 116.

Como afirma al respecto Julio Benetti Salgar:

La decisión en conciencia es la que adopta el juzgador frente a determinadas circunstancias de hecho respecto de las cuales se forma una íntima y personal convicción, fruto del concepto que tenga de justicia, por lo cual se explica que no sea necesario que tenga la calidad de abogado, pues no se busca en esta modalidad arbitral el fallo conforme a cánones legales, sino según el leal saber y entender del árbitro, el sentido innato de justicia que tiene como persona honrada y de buena reputación, que pertenece al común o término medio de la comunidad, en una decisión puramente subjetiva, por lo cual realmente el sentenciador es al mismo tiempo creador de una decisión particular y única para el caso concreto, sin alegar fundamento jurídico alguno, aunque no necesariamente lo excluya, en la que debe ser la aplicación concreta de la justicia en el asunto sometido al proceso.²³²

A su turno, Ana María Larrea complementa que:

El arbitraje de conciencia es el más libre de los arbitrajes, en el que el árbitro, una vez conocidos los hechos, el árbitro busca en su fuero interno la solución que en su criterio resuelva de manera justa el caso. Es, probablemente, la forma que prefieran los comerciantes u hombres de negocios que acostumbran cerrar negocios de buena fe, sin mayor conocimiento de las disposiciones legales, por lo que prefieren que la disputa se resuelva según la buena fe del árbitro.

El arbitraje de equidad parte del ordenamiento jurídico y busca la norma correcta para aplicarla, y si no la hubiere, le dará solución al caso, partiendo del precepto que regule situaciones parecidas de las reglas generales del derecho y las demás fuentes del derecho con que cuenta su actividad, incluida la equidad, que le servirá para desentrañar el sentido natural de justicia. Así mis-

²³² BENETTI SALGAR, Julio. *El Arbitraje en Equidad, Temas Estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación, la Negociación*, Editorial de la Universidad del Rosario, 2007, pág. 131.

mo, si advierte que la ley, aplicada al caso concreto, no cumple su finalidad, es decir, los criterios generalmente buenos y justos que inspiraron su creación, entonces, no aplica la disposición, sino que se busca la solución que el legislador habría contemplado si se hubiera enfrentado con el caso particular, administrando justicia al caso particular.

Luego, el arbitraje de conciencia, aunque puede sostenerse que es el que dio origen al arbitraje, y sirvió como fuente de creación del derecho comercial, bajo la idea de ser un arbitraje técnico y sujetarse al principio «verdad sabida y buena fe guardada», es un arbitraje que bien pudiera ser arbitrario, sujeto al estado de ánimo o convicciones subjetivas del árbitro, en el cual éstos no están obligados, según criterio de ciertos tratadistas, a motivar el laudo, sino únicamente a expresar su decisión sobre el fondo de la controversia [...]. Entonces, de lo que hemos visto, la equidad no es un criterio opuesto al derecho, ni ajeno a éste, sino por el contrario, el medio de interpretación correcto de éste, en función de lo humano y razonable, como lo planteó en su momento el profesor Recasens. Y, en definitiva, siendo el derecho el «arte de lo bueno y lo equitativo», la equidad no se aparta de él, y mucho menos de la justicia, puesto que ésta es el fin mismo del derecho. Entrar a definir lo que es justicia, no cabe en un estudio de esta naturaleza, que busca profundizar nuestro conocimiento del arbitraje en equidad [...]. Personalmente, asumo la tesis de que la «equidad» es la forma correcta de interpretar la ley, para administrar justicia, aquella que va de la justicia general implícita en la ley, a la justicia particular del caso concreto; y, en consecuencia, no debe entenderse como una facultad excepcional. Y, no se trata, como se ha sugerido, de que la equidad busque la justicia absoluta, aquella que existió antes que el derecho se creara, sino simplemente de interpretar razonablemente, humanamente el derecho. Desde esta perspectiva, podemos concluir que conceptualmente no deben existir mayores diferencias entre

un arbitraje en derecho y un arbitraje en equidad, puesto que en ambos se tendrá como norte el derecho y la justicia.²³³

La Ley de Arbitraje también regula estas dos formas de arbitraje al disponer que:

Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia.

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.
2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.
3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.
4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.

6.3. Arbitraje doméstico y arbitraje internacional

Estas calidades de arbitraje dependerán de la legislación de país determinado, así en el Perú, y según el artículo 5 de la Ley de Arbitraje —según comenta Cantuarias Salaverry—:

²³³ LARREA, Ana María. *Alcance y límites del arbitraje en equidad*. Ver versión electrónica en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29_21a42_alcanceylimites.pdf.

Un arbitraje con sede en el Perú será internacional, cuando al momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes (ej., uno domicilia en el Perú y el otro en Colombia), o ambas partes domicilien en el mismo Estado, pero fuera del Perú (ej., ambos domicilian en Argentina) o ambas partes domicilien en el Perú, pero el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutará en otro Estado (ej., dos empresas peruanas que ejecutarán una obra en Chile). De esta manera, cuando un arbitraje con sede en el Perú se realice entre dos partes domiciliadas en más de un país (diversidad de domicilios) o entre dos partes domiciliadas en un mismo Estado, pero distinto al Perú, o entre dos domiciliados en el Perú pero que en el cumplimiento de una parte sustancial de la relación jurídica se ejecutará fuera del país, las normas aplicables a dicho arbitraje serán las contenidas en la Sección Segunda de la LGA. En cambio, un arbitraje con sede en el Perú será Nacional y por tanto se le aplicarán las disposiciones de la Sección Primera de la LGA, cuando ambas partes domicilien en el Perú en el Perú y el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutará en el país.²³⁴

6.4. Arbitraje «voluntario» y arbitraje en la contratación pública o «forzoso»

La adjetivación adicional de estas formas de arbitraje (voluntario o forzoso) es, en realidad, errónea, por cuanto, en principio, toda forma de arbitraje, nace siempre de la voluntad consensuada de las partes, incluso en la contratación pública, toda vez que si bien en estos contratos la ley impone como cláusulas obligatorias el sometimiento de los litigios a arbitraje; sin embargo, tal disposición vendría a ser una suerte de cláusula contractual preestablecidas por la ley como una suerte de cláusula general de contratación, de modo tal que el particular está siempre en la libertad de contratar o no con el Estado y según dichas cláusulas.

²³⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2005, n.º 1, pp. 228-229.

Sobre el particular, Jorge Santistevan de Noriega afirma que se puede admitir que el Estado —que no obliga a nadie a contratar con sus dependencias—, lo que hace es adelantar por ley su voluntad de arbitrar, es decir, incluirla como una oferta incorporada en una cláusula general a la que debe someterse todo aquel particular que quiera contratar bajo este régimen. Es por ello que este autor prefiere asimilar este tipo de arbitraje a una modalidad de contratación por adhesión.²³⁵

Resulta necesario redundar a este respecto, y en palabras de Carlos Cuevas Morales, que:

[S]i bien se establece que el arbitraje es de aplicación obligatoria, ello no significa negar el carácter consensual del arbitraje. Lo que ocurre es que una de las partes, en este caso la entidad correspondiente del Estado, incluye —o, mejor dicho, debe incluir— un convenio arbitral dentro de los contratos que celebre con sus proveedores, el mismo que es aceptado por éstos al participar en la respectiva convocatoria pública. Es más, dicho convenio es expresamente aceptado por el proveedor al suscribir el contrato con el Estado. En consecuencia, la obligatoriedad a la que alude la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado está referida a la obligación que tiene el Estado de incorporar en sus contratos el arbitraje, como la forma de resolver sus controversias con sus proveedores.²³⁶

²³⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008; n.º 177, p. 27.

²³⁶ Citador por CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. En *El arbitraje en la contratación pública*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 7, pp. 25-26.

6.5. Arbitraje comercial, arbitraje de inversión y arbitraje popular

Como bien afirma Fernando Cantuarias Salaverry, nuestra Ley de Arbitraje ha eliminado el término «comercial». «La Ley Modelo de Uncitral hace referencia al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, como explica Mora Rojas la Ley Modelo de Uncitral no define qué debe entenderse por materia comercial, optando, simplemente, por introducir una nota a pie de página, en la que se establece que debe darse ‘una interpretación amplia a la expresión comercial para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, [...]’. A efectos de evitar malas o limitadas interpretaciones del término “comercial”, muchas legislaciones arbitrales han preferido eliminar este requisito».²³⁷ En este sentido, el arbitraje sería comercial cuando tenga por objeto resolver cuestiones litigiosas derivados de relación jurídica comercial, sea contractual o no.

El arbitraje de inversión que siempre es internacional, «es aquél que se lleva a cabo para dirimir conflictos entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión en base a un acuerdo internacional de inversión firmado entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del cual origina el inversionista. Estos acuerdos internacionales pueden tratarse de un tratado bilateral de inversión (*Bilateral Investment Agreement*, conocido por sus siglas en inglés como “BIT”) o un tratado de libre comercio con un capítulo de inversión».²³⁸

Respecto del «arbitraje popular», el Decreto Legislativo n.º 1071 (Ley de Arbitraje) en su primera disposición final declara de interés

²³⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2005, n.º 1, pp. 212-213.

²³⁸ STERN VELÁSQUEZ, Myriam. «El arbitraje de inversión». En: <http://www.coladictor-dic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2009/07/stern-arbitraje-inversion.pdf>.

nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tales efectos encarga al Ministerio de Justicia la creación y promoción de mecanismos que incentiven el desarrollo del arbitraje a favor de todos los sectores, así como de ejecutar acciones que contribuyan a la difusión y uso del arbitraje en el país mediante la puesta en marcha de programas, bajo cualquier modalidad, que favorezcan el acceso de las mayorías a este medio de solución de controversias, a costos adecuados. Dispone, a su vez, que el Ministerio de Justicia podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo.

En este propósito, mediante Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS se crea el Programa de Arbitraje Popular y mediante Resolución Ministerial n.º 0639-2008-JUS de fecha 3 de diciembre de 2008, se constituye el Centro de Arbitraje Popular denominado «Arbitra Perú» del Ministerio de Justicia, el mismo que se rige por su estatuto, reglamento y tabla de aranceles respectivo.

Con el llamado arbitraje popular se pretende convertir al arbitraje en una alternativa de acceso a la justicia para todas las personas cuando así las partes lo acuerden y decidan someterse su conflicto de derechos disponibles cuya cuantía sea menos a 20 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Como se advierte, a través del llamado arbitraje popular el Estado pretende masificar el arbitraje encargándose de organizar y administrar a través de la institución denominada «Arbitra Perú», siempre que la cuantía de las pretensiones no sobrepase las 20 UIT.

A este respecto, la profesora Ledesma Narváez formula crítica a esta institución afirmando que:

Si el impacto de lo popular se ha focalizado en el «precio bajo», o como dice la ley, en el «precio adecuado», habría que preguntarnos si esa estrategia es válida para justificar que el arbitraje sea popular. Pienso que lo popular no incide en la variable económica sino en cómo perciben los usuarios al arbitraje; en cómo se aprecian ellos en esa alternativa. Considero que hay que redefinir el concepto popular en el arbitraje lejos del bajo precio y del servicio masificado, y asociarlo más bien al «ejercicio de libertad», que le permite la posibilidad de elegir un juez privado y de contratar un servicio para definir los conflictos confiados para la solución, dentro de los límites que se requiera.²³⁹

A estas certeras críticas podemos añadir que el propósito del Estado de generalizar el uso del arbitraje en la población obedece a un empuje como consecuencia de la incompleta concepción del arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos al que brindan los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, el arbitraje más que un mecanismo de resolución de conflictos alternativo al que brinda el Poder Judicial, constituye un mecanismo natural de solución de litigios, fruto genuino de la autonomía de la voluntad, cuyo uso se ha masificado en la actividad comercial y de inversión no por promoción del legislador, sino por la necesidad que las partes tienen de contar con un mecanismo de solución de controversias mucho más efectivo de la que brinda la justicia estatal.

Así, más bien la «popularidad» del arbitraje en estas y otras materias, es decir, su éxito es como consecuencia de la propia elección voluntaria (autonomía de la voluntad) de los usuarios, al sopesar el costo-beneficio de este mecanismo de justicia privada frente al costo-beneficio que se obtienen de la justicia pública.

²³⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.ª edición, p. 64.

7. BONDADES E INCONVENIENTES DEL ARBITRAJE

Como contundentemente ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional:

4. El desarrollo de esta institución [el arbitraje] en el derecho comparado ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre estos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional ad hoc a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica.²⁴⁰

Es así que el arbitraje brinda muchas «bondades», entre ellas:

- *Especialización de los árbitros.* Las partes pueden designar de manera libre y voluntaria árbitros especialistas o técnicos en determinadas materias de acuerdo a la naturaleza del asunto litigioso sometido (construcción, seguro, energía, etc.), por lo que las partes podrán acudir libremente a tales profesionales en aras de constituir el tribunal arbitral. Cosa que no ocurre con la justicia estatal donde los jueces son impuestos por el Estado, claro que bajo determinadas garantías mínimas (juez natural, competencia), pero no existe estricta especialización de los operadores jurisdiccionales.
- *Establecimiento de un foro neutral.* Tratándose de arbitrajes internacionales, las partes (por ejemplo, de distintos países) pueden acordar escoger un país neutral en donde se desarrollará el arbitraje y hasta determinar las propias leyes nacional o del

²⁴⁰ STC n.º 6167-2005-PHC/TC de fecha 28 de febrero del 2006.

extranjero a aplicarse. Por ejemplo, dos empresas (una peruana y la otra brasileña) vinculadas por contrato de obra pueden convenir someter un futuro litigio a la Corte Internacional de Arbitraje y convenir también que la causa será resuelta mediante las leyes de Nueva York.

- *Mayor disponibilidad y dedicación de los árbitros.* En el arbitraje, los usuarios tienen garantizado la celeridad y eficiencia en la solución del caso dado que los árbitros no tienen carga procesal y, agregado a ello, la calidad técnica y alta especialización de los árbitros. Asimismo, se puede decir que los árbitros se asumen la función en el conocimiento de la causa casi en forma exclusiva, frente a la excesiva carga de trabajo que muchas veces impide o dificulta la solución justa y eficaz de las causas a su cargo. Se podría decir que frente al brocardo «la justicia tarda, pero llega» que resulta aplicable a la justicia pública, el arbitraje invoca otro que reza que «la justicia que tarda no es justicia».
- *Mayor celeridad.* El laudo arbitral se obtiene, generalmente, en un tiempo mucho menor que la sentencia en un proceso judicial, tanto más cuando el procedimiento arbitral es garantizado a través de una sola instancia, en tanto a que en el proceso judicial la Constitución establece como principio la pluralidad de instancia.
- *Confidencialidad.* Frente al principio de publicidad que reina en los procesos judiciales, en el arbitraje las partes pueden optar por la absoluta confidencialidad de todo el procedimiento, por lo que la resolución de la disputa no tiene ninguna resonancia pública.
- *Flexibilidad de las formas y libertad en el diseño procedimental.* En el arbitraje, las partes tienen amplias facultades para diseñar libremente el tipo de procedimiento que más se adapte a

las características de la *litis*, frente a las vías procedimentales generales que se encuentran ya establecidas en las leyes para los procesos jurisdiccionales.

- *Ejecutabilidad del laudo arbitral*. Los laudos son ejecutables de forma equiparable a una sentencia y no sólo en el país en que se dictan. Gracias al amplísimo número de Estados que son miembros de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, el laudo que se dicte podrá ser reconocido y ejecutado en cualquiera de estos Estados.
- *Tratamiento legislativo privilegiado del arbitraje frente a la jurisdicción*. En muchos aspectos, el arbitraje tiene un tratamiento privilegiado frente a la función jurisdiccional; así, por ejemplo, a fin de cumplir la finalidad (hacer de la justicia más efectiva), la jurisdicción debe prestar colaboración y realizar actos complementarios para con el arbitraje (en materia probatoria, con la dación y ejecución de medidas cautelares, con la ejecución del laudo arbitral, etc.). Asimismo, en tanto a que en el proceso jurisdiccional rige el principio de pluralidad de instancias, en el proceso arbitral en cambio el laudo expedido por el árbitro es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Pero al arbitraje también se le atribuye los siguientes inconvenientes y limitaciones; a saber:

- *Mayor costo económico del procedimiento*. Al tratarse de una «justicia privada» las partes, lógicamente, tienen que asumir los costos del procedimiento arbitral, así como el honorario de los árbitros, entre otros gastos. Esto, sin embargo, es compensado con las bondades del arbitraje ya descritas. A la larga, muchas veces el costo del proceso judicial es mayor dado el tiempo

prolongado de este último y la inmovilización de los bienes y derechos que ello genera. Además, muchas veces debe tenerse en cuenta aquel dicho que dice que «la justicia que tarda no es justicia».

- *Riesgos de una cláusula arbitral mal redactada.* Las cláusulas arbitrales «patológicas» o mal redactadas (cláusulas inexistentes, ineficaces o inválidas) pueden acarrear muchos problemas, por lo que toda cláusula debe ser negociada y redactada con bastante cuidado y por especialistas en arbitraje.
- *Inexistencia de un registro oficial de instituciones arbitrales y de árbitros.* El ejercicio de la potestad arbitral, ya sea a cargo de instituciones o por árbitros *ad-hoc*, no se encuentra regulada, es libre; en todo caso, es el mercado quien se encarga de seleccionar a los que detentan cualidades especiales para tal cargo (organización, infraestructura, conocimientos, especialización, honestidad, responsabilidad, etc.); sin embargo, en tanto el mercado actúe, muchos son perjudicados por males árbitros.
- *Dificultades en el nombramiento y constitución del tribunal arbitral.* La designación de un árbitro o la constitución de un tribunal arbitral depende de la colaboración (basado en la buena fe) de las partes contendientes, basta que uno de ellos asuma conducta obstruccionista, y tal propósito se prolonga en el tiempo y hasta, incluso, puede ser judicializado. Muchas veces eso depende de una buena cláusula arbitral.
- *Necesidad de la intervención de la jurisdicción.* Los árbitros carecen de poder coercitivo para hacer cumplir sus decisiones, lo que hace necesario la intervención de los jueces para la ejecución del laudo arbitral en sustitución de la voluntad de la parte obligada que se reusa a cumplir. Muchas veces la ejecución judicial del laudo se prolonga demasiado en el tiempo. Eso es

algo inevitable, en todo caso, viene a constituir una deficiencia propia del Poder Judicial y no del arbitraje.

- *Tendencia a decisiones salomónicas.* Algunos expertos sostienen que los árbitros tienden a tomar decisiones que den en parte la razón a ambas partes, huyendo así de las decisiones completamente favorables a sólo una de ellas. En cambio, los jueces tienen el deber de hacer efectivo el derecho sustantivo que corresponda a la parte, hacer efectivo el derecho objetivo mediante la declaración del derecho al caso concreto.
- *Falta de especialización de los árbitros en materia de tutela procesal y el debido proceso.* Generalmente, son escasos los árbitros que tienen alta preparación en derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (o tutela procesal) y/o debido proceso. Como el arbitraje se desarrolla mediante un proceso o procedimiento, el árbitro —al igual que el juez— debe ser también un especialista en la interpretación y aplicación de los principios y garantías de la administración de justicia. Frente a la alta preparación en materia de derecho sustantivo que tienen y motivo por el cual fueron designados por las partes, los árbitros tienen, sin embargo, deficiencias en materia de derecho procesal, y, particularmente, en los principios y garantías constitucionales de la administración de justicia, los cuales son también de aplicación a otras formas alternativas de impartición de justicia como el arbitraje.

CAPÍTULO II

LA JURISDICCIÓN:

ENTRE EL *IUS IMPERIUM* Y LA UNIDAD DE LA JUSTICIA PÚBLICA

1. EL PODER, SOBERANÍA O *IUS IMPERIUM* COMO LA ESENCIA DEL ESTADO Y DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Jurisdicción y arbitraje tienen de común en que ambos constituyen mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos. En el capítulo anterior hemos expuesto profusamente acerca de los fundamentos del arbitraje, entre los cuales se haya la autonomía de la voluntad de las partes contendientes como su causa-fuente o poder generador del arbitraje.

Nos toca ahora, en el presente capítulo, tratar someramente acerca de los fundamentos de la jurisdicción o función jurisdiccional, sus elementos configuradores, así como el desarrollo de alguno de sus principios fundamentales como la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, todo lo cual nos servirá como marco teórico para los fines de la presente obra.

La jurisdicción tiene su fundamento en la soberanía, poder o *imperium* que sobre sus miembros, el Estado ejerce desde su aparición en la sociedad, necesarios para el cumplimiento de sus fines.

De este modo la jurisdicción tiene su razón de ser en el Estado. Una de las funciones esenciales del Estado es, precisamente, la función jurisdiccional. La jurisdicción aparece cuando aparece el Estado. Claro que tal afirmación constituye una conjetura sociológica, pues no existe

sustento documentario al respecto; sin embargo, resulta imposible concebir el mantenimiento en el tiempo de un mecanismo de solución de conflicto impuesto (en forma exclusiva y excluyente) sin basarse en el «poder» de algo o de alguien muy bien organizado.

El Estado, si bien constituye modernamente la organización jurídica de la sociedad en un determinado territorio en la que ejerce soberanía sobre sus miembros, esta organización lo es para fines racionales: la justicia, el bien común, la defensa de la persona humana y su dignidad. Sin embargo, esta concepción contemporánea resulta ser reciente, más o menos en el siglo XVIII con el Estado de derecho hasta su actual desarrollo con el Estado constitucional y democrático-social de derecho que caracteriza a la gran mayoría de Estados del orbe.

En puridad, la aparición del Estado, dentro de la conjetura sociológica, se da desde que en la evolución del hombre y de la sociedad humana, ya organizados en tramados sociales, aparecen grupos o clases sociales diferenciados en las que unos van apoderándose (tomando poder) de los medios de producción para, a través de los mismos, someter a los otros para con el fin de satisfacer de la mejor manera posible, las necesidades de tales clases o grupos ya organizados conforme a una comunidad de fines e intereses.

Así, donde ya ha existido poder organizado es probable que haya ya existido también el Estado, aunque sea en su forma rudimentaria. Así, la esencia del Estado, en todo su desarrollo histórico, es y ha sido siempre el Poder que una clase social o grupo ha venido detentando a través del empoderamiento de los medios de producción. Sociológicamente, al menos, así concebimos al Estado. Jurídicamente, dicho poder se denomina soberanía o *ius imperium*.

Debe también concebirse que la aparición del Estado fue algo inevitable por cuanto como afirma Fernando Silva Santisteban, citado por Víctor García Toma: «es inherente a la naturaleza de toda actividad

humana que algunos individuos puedan controlar el comportamiento de otros, puesto que ningún grupo humano puede funcionar en forma efectiva a menos que algunos individuos desempeñen la tarea de coordinar, dirigir e integrar los esfuerzos de los demás, asumiendo con ello la responsabilidad propia de tales actividades».²⁴¹ Lo cual quiere decir que, efectivamente, es prácticamente imposible la formación y desarrollo de la sociedad humana sin una organización con base en el poder y la autoridad. Algunos miembros de la comunidad han tenido inevitablemente que mandar y otros seguramente que obedecer o aceptar la autoridad impuesta en base al sojuzgamiento. Así, la historia del Estado no es sino la permanente lucha por el poder entre grupos y/o clases sociales.

Sobre el origen del Poder hay, en verdad, diversas teorías, sin embargo lo cierto es que el Poder es consustancial a la existencia de la sociedad humana misma. No hay sociedad sin poder y sin autoridad. Ninguna sociedad o comunidad de hombres pueden subsistir sin este elemento esencial. Así, el Estado no es sino la máxima creación del hombre consistente en la organización jurídico-político-económico-social y cultural de la sociedad con base en el poder o soberanía.

El profesor García Toma culmina afirmando que:

En términos globales, el poder estatal es un mero instrumento al servicio de una idea de derecho. Este papel se resume en los tres conceptos siguientes: la unidad, la dirección y la especialización. Desde esta perspectiva, debe recordarse que la especie humana —sociable por naturaleza— estima y necesita de todo aquello que le asegure cohesión; el ejercicio del poder es una herramienta indispensable para la consecución de dicho propósito.²⁴²

²⁴¹ GARCÍA TOMA, VÍCTOR. *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Arequipa: Adrus, 2010, 3.^a edición, p. 95.

²⁴² GARCÍA TOMA, VÍCTOR. *Ob. cit.*, p. 123.

El politólogo André Hauriou nos enseña también que:

El poder es inherente a la naturaleza humana [...] Hay que considerar que la aptitud y el gusto por el poder son cualidades naturaleza del espíritu humano, al menos para ciertos individuos [...] El poder es creador de organizaciones sociales [...] El poder comporta en sí dos elementos: El elemento «dominación» y el elemento «competencia». Todo poder, incluso el más legítimo y consentido en su principio, comporta una combinación de dominación y competencia. No hay equipo en el poder, por desinteresado que sea, que no tenga una cierta voluntad de dominación y cuya autoridad, por mucho que encuentre sostén en la opinión pública, no tenga necesidad de sanciones de fuerza material, es decir, de ejercer un poder de dominación contra los recalcitrantes. El gobierno de un grupo exige con frecuencia medidas que deben ejercitarse con carácter colectivo, bajo pena de graves peligros para la comunidad [...]. Pero, al lado de la dominación se encuentra la competencia, la aptitud para dar soluciones justas a los problemas que se plantean para la conducción del grupo. Por lo demás, esta especie de autoridad que acompaña naturalmente a la competencia conlleva la adhesión de los interesados y hace que, normalmente, los mandatos de la autoridad encuentren obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción. En el ejercicio del poder, la competencia ocupa el primer puesto y el segundo corresponde a la dominación.²⁴³

Raúl Ferrero Rebagliati nos ilustra:

Al poder del Estado se le llama soberanía, del punto de vista jurídico, o sea en cuanto a facultad que tiene paratrazar la conducta de los gobernados y la de los propios gobernantes. La voz soberanía indica supremacía; o sea, poder superior a todo otro dentro del territorio nacional. Las decisiones del Estado

²⁴³ HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Públicas*. Barcelona, Editorial Ariel, 1980, pp. 129-137. Ver también en: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos y Marcial Rubio Correa. *Derecho Constitucional General*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, 2.^a edición, pp. 178-181.

son supremas, sin que pueda oponérsele ninguna otra voluntad institucional. El Estado es comunidad de comunidades, institución de instituciones. Tras una larga histórica, sobre todo a comienzos de la edad moderna, el Estado ha impuesto su decisión respecto de toda otra institución, sea Iglesia, Universidad, corporación municipal, sector armado, etc. [...] La soberanía reside en el Estado, centro de imputación de todas las órdenes [...]. Reside en el Estado y es cualidad inherente al poder. El pueblo es el calificado para designar quiénes deben gobernar, o sea qué personas ejercerán el mando que corresponde al Estado. Las elecciones son el medio jurídico, el mecanismo empleado para determinar quienes inviten el poder, pero no constituyen la fuente de éste [...]. Aparte del Estado, ninguna autoridad tiene la facultad de compulsión material. Tras una lucha secular, el Estado ha logrado absorber el poder. Sólo él posee la facultad de *imperium*; cualquiera otra autoridad que ejerza compulsión material, lo hace por delegación emanada del Estado. Uno de los filósofos políticos más importantes, John Austin, sostiene que en toda sociedad existe un poder supremo, incontrolado, inalienable e indivisible a cuyo cargo está la decisión final de las cuestiones de interés general. Cuando aquella sociedad es el Estado, ese poder supremo, incontrolado, inalienable e indivisible se llama soberanía y se define como el instrumento que declara inapelablemente el derecho, que no está sujeto a ninguna autoridad superior y que puede emplear, sin limitaciones, la coacción sobre quienes están sometidos a su poder.²⁴⁴

El término «soberanía» indica, entonces, el poder estatal, en cuanto sujeto único y exclusivo de la política. Tal concepto político permite al Estado moderno oponerse a la organización medieval del poder, representado por el papado y por el imperio. El Estado realza la soberanía con la finalidad de concentrar el poder en una única instancia; y, de ese modo, mantener el monopolio de la fuerza en un determinado

²⁴⁴ FERRERO, Raúl. *Ciencia política*. Lima: Gráfica D Lino's, 1984, 7.^a edición (póstuma), p. 149.

territorio, sobre un pueblo y favorecer la máxima unidad y cohesión política.²⁴⁵

Víctor García Toma agrega, por su parte, que:

El poder estatal se encuentra por encima del resto de los poderes existentes en el Estado, se centraliza y se superpone sobre éstos, los cuales quedan relegados, sometidos, absorbidos, subordinados, etc. Esta «supremacía» asegura la existencia y unidad del Estado. La soberanía conlleva a ser entendida como la potestad político-jurídica que permite decidir libremente sobre los asuntos internos y externos de un Estado. Germán Bidart Campos señala que la única definición admisible sobre la soberanía, es aquélla que inexorablemente se ofrece por negación: «Se trata de una cualidad del poder que lo hace no dependiente ni subordinado, y que garantiza la existencia y supremacía del Estado».²⁴⁶

Desde el plano ideológico se discute de cuál sea la fuente de dicho poder o soberanía del Estado. Es decir, ¿en qué reside dicha soberanía? ¿En una deidad, en la naturaleza, en el pueblo, en el proletariado?

En la época de los Estados antiguos (Egipto, Hebreos, China, Maya, Azteca, Inca, etc.), por ejemplo, los gobernantes y los gobernados mismos pensaban que el poder que ejercían los reyes y príncipes provenía de los dioses o de la naturaleza.²⁴⁷ Los marxistas-leninistas buscan rei-

²⁴⁵ Citado por Agemir BAVARESCO. «La crisis del Estado-nación y la teoría de la soberanía en Hegel». Ver versión electrónica en: <http://www.raco.cat/index.php/Recerca-PensamentAnalisi/article/viewFile/106716/153085>.

²⁴⁶ GARCÍA TOMA, Víctor. *Ob. cit.*, p. 113.

²⁴⁷ Por ejemplo, en el Libro Proverbios VIII, 15,16 de la Biblia se lee: «Por mí reinan los reyes [...] por mí los príncipes mandan y los jueces administran justicia». Igualmente, en el Libro de la Sabiduría 6,3 se lee: «Escuchen, pues, reyes y comprendan [...]. Porque el Señor es el que les dio el poder y la realeza se las dio el Altísimo». San Pablo en su Epístola a los Romanos XIII, 1-5 señaló que: «Toda persona está sujeta a las potestades superiores, porque no hay potestad que no provenga de Dios; y Dios es el que ha establecido las que hay pues en el mundo

vindicar el poder de la clase obrera o proletariado como la única clase capaz de conducir los destinos de la humanidad hacia el comunismo, propugnando, incluso, la desaparición —en algún momento— del Estado y del derecho. Nada más quimérico e idealista y contrario al materialismo que profesan.

Hoy por hoy, sin embargo, es la «teoría del contrato social y la soberanía popular» la que tiene mayor aceptación como sustento de la fuente ideológica del poder como elemento del Estado democrático-social de derecho. Consideran los propugnadores de esta teoría (Tomas Hobbes, John Locke y Juan Jacobo Rousseau)²⁴⁸ que la soberanía pertenece original-

[...] por lo cual, quienes desobedecen a las potestades, a la ordenación o voluntad de Dios desobedecen [...]. El príncipe es un ministro de Dios puesto para tu bien; por tanto, es necesario que le estéis sujeto no sólo por temor al castigo, sino también por obligación de conciencia». Ver estas citas recogidas por GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Arequipa: Adrus, 2010, 3.^a edición, p. 103.

²⁴⁸ Respecto de la «teoría del contrato social», como antecesores de esta teoría, se tiene a Aristóteles quien señalaba que: «El Estado nació de la necesidad de vivir, y existe por causa de la necesidad de vivir bien», así como el hombre es un animal social incapaz de subsistir fuera de la comunidad de sus semejantes, porque necesita debido a su naturaleza de ser social para llegar a su perfección. El hombre, entonces, es social por naturaleza y su integración a la sociedad es parte de ese impulso social.

También Platón, en su obra *La República*, da las bases para la estructuración de un Estado ideal en el que debe prevalecer la justicia como valor supremo. Posteriormente, en su obra *Las Leyes* modificó su concepción del Estado Ideal ya que se percató que debido a las imperfecciones de la persona humana era imposible llegar a la imperfección del Estado, por lo tanto, planteó la necesidad de implantar el orden jurídico como elemento imprescindible en la comunidad política.

Santo Tomás de Aquino, máximo exponente de la Escolástica de la Edad Media, partiendo de la concepción de la necesidad de la sociedad política en la vida del individuo como ser social, justifica la comunidad política como instrumento para el desarrollo de la sociedad para la obtención del bien común y como unificador de la sociedad para evitar su disolución a causa del egoísmo que existe entre los hombres.

Sin embargo, fue Tomas Hobbes, quien en su obra *Leviathan* (1651) nos brinda una exposición impresionante de la «teoría del contrato social» partiendo como

mente a los individuos, quienes por un cálculo racional, realizan un pacto social con el que establece las reglas básicas de convivencia, incluyendo aquéllas bajo las que se elige a los representantes y se formulan leyes, logrando así una unidad entre sociedad y gobierno, con base en el derecho.

base la naturaleza esencial del hombre, quien, según Hobbes, es un animal egoísta. El solo motivo de sus acciones es el deseo de satisfacer sus propios apetitos. El hombre, por consiguiente, es un animal sociable por su propia naturaleza, que solamente encuentra pena en la compañía de sus semejantes, ya que todos son igualmente rapaces y egoístas. El estado de naturaleza es por consiguiente un estado de guerra, la guerra de cada uno contra todo; un estado en el que el hombre vive solitario, pobre, gruñón, bruto y apocado. Estas condiciones impulsan al hombre con necesidad evidente a unirse con sus semejantes bajo el control de una autoridad común, resultando la sumisión universal a cualquier forma de gobierno, por despótico que sea, ya que esto es preferible a la constante guerra del estado de naturaleza.

A su turno, Jhon Locke, contemporáneo de Hobbes, presenta de manera muy diferente la teoría del contrato social. Según Locke no es de guerra universal el estado de naturaleza, que, sin embargo, es inconveniente y desagradable. Los hombres son impulsados a abandonar la libertad del estado de naturaleza y a someterse a las restricciones de la sociedad civil. Sin embargo, en el contrato que celebran, el monarca a quien convienen someterse, es parte y se mantiene su investidura única y exclusivamente por virtud de su puntual cumplimiento con los términos del contrato. Si el rey los quebranta, el contrato quedaría resuelto.

Finalmente, Juan Jacobo Rousseau, en su obra más importante acerca de su doctrina política *El contrato social*, expone la teoría afirmando que el hombre, en sus inicios, vivía en una edad primitiva de total libertad, en un plano de igualdad con los demás. Obviamente, la necesidad de subsistir hizo que el hombre empezara a desarrollarse naciendo con ello el enfrentamiento y la desigualdad entre los hombres, por lo que a fin de recuperar la libertad y que más bien la sociedad no entre en un caos, optan los hombres por someterse a un gobernante dando vida al Estado, en donde los hombres ceden a la comunidad, quien fuera la depositaria de la soberanía, sus derechos que serían devueltos mediante la protección. Era un pacto habido entre hombres en el cual le cedían al gobernante soberano la voluntad colectiva, desafortunadamente, hubo abuso de poder y por ello, fue necesario hacer uso del derecho, quedando tanto los gobernantes como los gobernados dentro del marco de la ley. Es decir, los gobernantes sólo pueden hacer lo que la ley les permite y los gobernados pueden realizar todo lo que no les prohíban. Por lo tanto, un Estado regido por normas jurídicas se considera como un Estado de derecho.

Particularmente, es Rousseau quien señaló que el único soberano es el pueblo, es decir que si bien el Estado ejerce soberanía, tal poder proviene del pueblo, entendido este último como una asociación de personas que tienen la condición de ciudadanos. Así, el pueblo (es decir, la ciudadanía) —según Rousseau— se expresa a través de la voluntad general (mecanismos democráticos) y que tal expresión era la voluntad del soberano.

Según Benjamín Constant, citado por Magdiel González Ojeda:

La soberanía popular es el principio de la supremacía de la voluntad general sobre cualquier voluntad particular. Se trata de la potestad del pueblo o la nación, de organizarse jurídica y políticamente, no reconociendo otro orden superior, potestad o voluntad del pueblo que es política, y que resulta una decisión jurídica cuando se da en los marcos establecidos y constituye fuente de validez del orden jurídico-político del Estado.²⁴⁹

La Constitución nuestra, como todas las imperantes en nuestra historia republicana, recoge también la doctrina de la soberanía popular como uno de los principios fundantes del Estado peruano.

El artículo 45 de nuestra norma fundamental declara que:

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población, puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

Asimismo, la soberanía popular es también invocada en el preámbulo de la Constitución, cuando dice que el Congreso Constituyente

²⁴⁹ GONZÁLEZ OJEDA, Magdiel. *Derecho constitucional general*. Lima: Editorial Universitaria de la Universidad Ricardo Palma, 2013, p. 118.

Democrático da la Constitución, obedeciendo el mandato del pueblo peruano. El artículo 3 de la Constitución reconoce también a la soberanía del pueblo como un principio del Estado democrático de derecho.

También esta doctrina es recogida, a su vez, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece:

Artículo 21.- [...]

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

El Tribunal Constitucional sentencia al respecto lo siguiente:

El artículo 45 de la Constitución establece que el poder del Estado emana del pueblo, lo cual constituye la expresión política de la soberanía popular, propio de todo Estado social y democrático de derecho con el que se identifica la nación, y a la cual este Colegiado debe remitirse [...]. En toda institución pública, quienes ejerzan el poder, deben estar sometidos a la expresión popular propia de un régimen democrático que se encuentra consagrada en el texto constitucional.²⁵⁰

1.1. El principio político de la separación de poderes como la esencia del ejercicio racional del poder del Estado

Volviendo a la noción de Estado como la organización jurídico-política del poder (poder soberano o simplemente soberanía), Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, sostiene y propone la hoy clásica división de poderes del Estado, señalando que:

²⁵⁰ STC n.º 0050-2004-AI/TC, 3/6/2005, fundamento jurídico n.º 1. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>.

«En cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo; el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes; y el Poder Judicial de las cosas que dependen del derecho civil».

En virtud del primero, el Estado aprueba leyes transitorias o definitivas o deroga las existentes. Por el segundo hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadores, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga diferencias existentes entre los particulares. Montesquieu establece, a su vez, que los poderes del Estado no sólo deben estar separados, sino adicionalmente deben ser observados en una permanente actitud de control por la vía de las facultades de estatuir e impedir.

En suma, Montesquieu propone: a) la distinción de tres especies de poder público; b) el desempeño de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales por parte de personas distintas. Diría él que: «Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales o de los nobles o del pueblo, ejerciese [...]»; y, c) el recíproco control: «Es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder».²⁵¹

Respecto a la llamada división de poderes, válidamente el profesor García Toma observa que:

La voluntad del Estado (soberanía) en razón de ser la expresión cabal de poderío no puede dividirse, por lo que resulta impropio utilizar la expresión «división de poderes». Evidentemente, el poder estatal no puede ser uno y trino a la vez. El concepto de un poder soberano que se descompone en tres sin dejar de ser uno, resulta ser sólo una abstracción metafísica. El poder es uno porque solo así garantiza la organización uniforme, singular y jerárquica del estado, fundiendo en una inmensa síntesis todas sus particularidades. La diversidad de órganos y funciones

²⁵¹ GARCÍA TOMA, VÍCTOR. *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Arequipa: Adrus, 2010, 3.ª edición, p. 204.

no determina de manera alguna la fragmentación del poder. El hecho de la participación de diversas fracciones o porciones no produce en él ninguna variación sustancial o de naturaleza. La unidad del poder se justifica por la necesidad de que sea una sola voluntad la que en definitiva indique lo conveniente para el bien común. La indivisibilidad del mismo no admite excepciones. La distinción entre las actividades estatales y la existencia de una pluralidad de competencias políticas y administrativas (descentralización y desconcentración) no alteran en lo absoluto la unidad del poder estatal. No existe en el Estado los mal denominados «poderes», sino una potestad única que es su voluntad de dominación, cuyo ejercicio pasa por diversas fases: «decisión, ejecución y restitución o reparación». Las diversas etapas de la actividad estatal requieren de la intervención de una serie de órganos plurales [...]. Al respecto, Jorge Sarmiento García [*De-recho público*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998] refiere que «suele usarse la palabra “poder” indistintamente para designar a la vez al poder político mismo, a las funciones del poder y a los órganos estatales que lo ejercen, sin duda por influencia de Montesquieu quien adoptó como regla general el vocablo “poder” dándole un sentido más amplio [...]; sin embargo, en la actualidad, la doctrina enseña que el poder del Estado es único e indivisible, como también está de acuerdo en distinguir entre aquél, sus funciones y sus órganos». Por ende, advierte a modo de sentencia acerca de que: «la unidad del poder político es atraída por la unidad del fin para cuyo logro existe, y por la propia unidad del Estado, por lo que en realidad sólo son distinguibles las “funciones del poder” y los “órganos que lo ejercen”». ²⁵²

En nuestra Constitución, no obstante que el artículo 43 declara que el Estado se organiza según el principio de separación de poderes, sin embargo, es claro que hoy por hoy la doctrina contemporánea reconoce más bien una división de las funciones del Estado a través de sus órganos estatales competentes y no de «división de poderes».

²⁵² GARCÍA TOMA, Víctor. *Ob. cit.*, pp. 197-198.

Es más, como afirma García Toma:

La práctica constitucional demuestra, de una manera inexorable, que ningún órgano estatal se encuentra dedicado única y exclusivamente al ejercicio de una función, así como tampoco a su verificación plena o total. Se reconoce la existencia de cuatro funciones estatales, en atención a su naturaleza jurídica, a la esencia material del acto, a su dirección finalista y al mecanismo funcional de la realización del derecho. Al respecto, éstas son las siguientes: función normativa, función administrativa, función jurisdiccional y función contralora.

- a) *Función normativa.* Consiste en la elaboración de reglas jurídicas, ya sean de carácter general, abstractas e impersonales; o individuales, concretas y personales. Implica la regulación de las conductas existenciales y coexistenciales [...].
- b) *Función ejecutivo-administrativa.* Consiste en la formulación global de la acción gubernamental y en la adopción de las medidas fundamentales destinadas a la verificación en la realidad [...].
- c) *Función jurisdiccional.* Consiste en la resolución de reclamaciones, quejas, demandas y denuncias de carácter jurídico. Implica la dirimencia en los conflictos interindividuales [...]. La doctrina señala, que cuando se produce una disputa jurídica o se lesiona o amenaza un derecho, surge la necesidad de conocer la verdad del Estado; vale decir, la certeza judicial de la legalidad o no de pretensiones en pugna [...].
- d) *La función contralora.* Consiste en el aseguramiento de la limitación del poder en favor de los valores y principios condicionantes de la acción estatal. Por ende, devienen en la ejecución de acciones de comprobación, comparación, supervisión, evaluación y hasta de anulación de actos administrativos o legislativos contrarios a la Constitución o las leyes. Implica adicionalmente, la ejecución de medidas en pro de la eficacia, eficiencia, legalidad y moralidad del quehacer estatal. En puridad, consiste en la vigilancia y verificación de la legalidad, oportunidad o conveniencia de las conductas manifestadas o no manifestadas por los go-

bernantes o gobernados. Dicha función puede encontrarse implícitamente contenida en la doctrina de Montesquieu, cuando al hacer referencia a las facultades de estatuir e impedir, invocaba la posibilidad de corregir o anular lo decidido por otro órgano.

Estas [cuatro] funciones son ejercidas por los órganos estatales, bien con un carácter de actividad principal o con uno de actividad subsidiaria. En el primer caso, la *función* se convierte en la tarea sustantiva y básica de un órgano, es decir, en la razón de ser de la existencia del órgano; en el segundo, deriva en una actividad accesoria o colateral a la esencial.²⁵³

Así, al llamado Poder Legislativo le corresponde, esencialmente, la función de normación y control. Al llamado Poder Ejecutivo le corresponde, principalmente, la dirección política y la acción inmediata del Estado; y, al Poder Jurisdiccional le corresponde, esencialmente, la dirimencia de los conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica. Cada uno de estos «poderes» del Estado está constituido por un conjunto de órganos e instituciones que, formando parte de dichos poderes, existen para el logro de los fines esenciales y accesorios del poder del que forman parte.

Finalmente, existen, a su vez, los llamados órganos constitucionales autónomos, los cuales no forman parte de ninguno de los tres «poderes» del Estado, sino que, por mandato constitucional, gozan de autonomía, son creados directamente por la Constitución, asignándoles funciones específicas que bien pueden ser de naturaleza ejecutiva, legislativa, jurisdiccional o contralora, tales como el Jurado Nacional de Elecciones (que cumple esencialmente la función de administrar justicia en materia electoral), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (que, esencialmente, le corresponde organizar los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular), el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (que, esencialmente, tiene por función tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defun-

²⁵³ GARCÍA TOMA, Víctor. *Ob. cit.*, pp. 214-217.

ciones y otros actos que modifican el estado civil. Emite las constancias correspondientes. Prepara y mantiene actualizado el padrón electoral), la Defensoría del Pueblo (que vela por el cumplimiento de los servicios públicos a cargo del Estado), la Contraloría General de la República (ejerce control sobre las cuentas de la República a cargo del Estado y sus organismos e instituciones), el Consejo Nacional de la Magistratura (encargado de los procesos de selección y nombramiento de magistrados, así como de su ratificación y proceso disciplinario de destitución), el Banco Central de Reserva (encargado de preservar la estabilidad monetaria, emisión de billetes y monedas) y la Superintendencia de Banca y Seguros y de Administradoras de Fondos de Pensiones (que ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones).

El Tribunal Constitucional, al respecto, establece que:

Respecto del principio de separación de poderes, también ha establecido este Colegiado que, conforme a los artículos 3 y 43 de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado democrático y social de derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado democrático y social de derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.

Sin embargo, la separación de poderes que configuran nuestra Constitución no es absoluta, porque la estructura y funciones de los poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes.

El principio de separación de poderes persigue, pues, asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con

arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38, 45 y 51).

Por lo tanto, queda claro que el principio de separación de poderes no sólo resulta un parámetro del Estado destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que lo conforma, sino que, de acuerdo con su evolución, actualmente, también implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones.²⁵⁴

1.2. El control entre los poderes del Estado: Checks and balances

Resulta también necesario precisar que entre los llamados poderes del Estado existe un recíproco y cuasi paritario control entre quienes ejercen titularidad de los órganos estatales. Ello a efectos de que no se abuse del poder y se vulnere la libertad de los miembros del cuerpo político, y pueda el Estado cumplir sus fines. El Estado contribuye a asegurar la libertad de sus miembros cuando cuenta con un sistema de frenos y contrapesos. Así, mediante la técnica que los anglosajones bautizaron como *checks and balances* cada órgano puede influir y hasta corregir los excesos y faltas de los otros.²⁵⁵

A modo de ejemplo pueden mencionarse los siguientes:

- a) Desde el Poder Ejecutivo se utilizan la observación presidencial de una ley, la disolución del Parlamento.
- b) Desde el Poder Legislativo se utilizan la interpelación, la censura, el voto de investidura, la estación de preguntas, la acusación constitucional a los altos funcionarios del Estado, entre otros,

²⁵⁴ STC n.º 0005-2006-AI/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 12-15. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI.html>.

²⁵⁵ GARCÍA TOMA, Víctor. *Ob. cit.*, p. 213.

al propio Presidente de la República, a los congresistas, a los ministros, a los jueces supremos, los fiscales supremos, a los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, al Defensor del Pueblo y al Contralor General.

- c) Desde el Poder Judicial se utiliza el proceso contencioso-administrativo para revisar la actuación de la justicia administrativa o el control difuso para inaplicar una ley por ser contrario a las disposiciones constitucionales.

El Tribunal Constitucional establece, a su vez, que:

- 4. La doctrina de la separación de poderes, que fue esbozada por John Locke, expuesta por Carlos de Secondat Barón de Montesquieu y la Brede, y complementada en el siglo xx por Karl Loewenstein, tiene por esencia evitar, entre otras cosas, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconocen los derechos y las libertades fundamentales.
- 5. Al respecto, Montesquieu, en su obra *El espíritu de las leyes*, sostuvo que: «No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares».
- 6. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado democrático y social de derecho. La separación de estas tres fun-

ciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.

7. Como tal, la Constitución de 1993 lo ha acogido como principio fundamental, consignándolo expresamente en el artículo 43 del Título II: Del Estado y la Nación, al establecer que el gobierno de la República del Perú «[...] se organiza según el principio de separación de poderes [...]».
8. Dentro de esta forma de concebir la organización del Estado, la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. [Caso del Tribunal Constitucional, párrafo 73].²⁵⁶

1.3. La unidad del poder estatal

Cabe también precisar respecto otra de las características del Estado contemporáneo: su «unidad». Hablar de unidad del Estado es referirnos a la unidad del poder o soberanía que ejerce. No hablaríamos de Estado si es que el poder que ejerce es compartido con otras instituciones al margen de la voluntad del propio Estado. Si bien existen otras instituciones dentro de la sociedad que también ostentan cierto poder, algunas más que otras, como la Iglesia, las universidades, los medios de comunicación; sin embargo, el Estado tiene el imperio de regular incluso el ejercicio de tales poderes «tolerados» o «permitidos», claro, dentro de los principios y valores establecidos en la Constitución y las leyes de su desarrollo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que:

La unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Respetando su

²⁵⁶ STC n.º 0023-2003-AI/TC. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>.

contenido, existe una redistribución funcional y territorial. Es así como se subordina el principio de jerarquía normativa al de competencia: la unidad prima sobre la diversidad.²⁵⁷

2. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: FUNDAMENTOS

2.1. *La función jurisdiccional como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos*

La jurisdicción o *función jurisdiccional* (como modernamente también se le conoce)²⁵⁸ constituye sociológicamente —al igual que el arbitraje— un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos de intereses. Es heterocompositivo, por cuanto la composición del litigio está

²⁵⁷ STC n.º 0002-2005-PI/TC, 18/02/2005, Fundamento Jurídico 45. Ver sentencia en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00002-2005-AI.html>>

²⁵⁸ Adolfo Alvarado Velloso advierte que: «La voz jurisdicción es otra de las tantas que se utilizan equívocamente en el ámbito del derecho, provocando notable desconcierto entre los juristas y haciendo imposible un adecuado diálogo entre ellos. En cualquier obra jurídica se puede ver que sea emplea la voz jurisdicción para referir a varios fenómenos que poco y nada tienen que ver entre sí: indica el ámbito territorial en el cual el Estado ejerce su soberanía; señala el territorio en el cual cumple sus funciones un juez; muestra el conjunto de prerrogativas de un órgano del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial); refiere a la aptitud que tiene un juez para entender en una determinada categoría de pretensiones y, por fin, tipifica la función de juzgar.

Fácilmente se puede comprender que esta equivocidad terminológica, proveniente de designar con un mismo nombre a diferentes fenómenos que se exteriorizan en la vida jurídica, es altamente disvaliosa y posibilita que se critique al derecho mediante la afirmación de su carácter acientífico.

Para evitar todo ello, parece imprescindible armonizar y sistematizar el contenido de los vocablos de uso técnico, asignándoles un significado preciso. Y así, no habrá que utilizar la palabra jurisdicción sino *competencia territorial, soberanía, prerrogativas*, etcétera, cuando se trate de mencionar fenómenos jurídicos ajenos a la *función estatal* propiamente dicha que desde antaño es conocida con esta denominación». Ver en: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Primera Parte. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/f, pp. 129-130.

a cargo de un tercero (el juez), quien es ajeno a los sujetos del conflicto y a éste mismo, al igual que el árbitro en la justicia arbitral. La diferencia entre ambos mecanismos de resolución de conflictos radica en el origen de la potestad para el cumplimiento de dicha función.

En principio, dijimos que el arbitraje constituye desde sus orígenes un mecanismo natural de solución de conflictos, una reacción natural y hasta instintiva (se podría decir) de supervivencia del grupo frente al conflicto y la iniquidad de la defensa privada. Los hombres ya organizados en grupos (*gens*) o tribus, encuentran en el arbitraje un mecanismo mucho más racional que la *autodefensa* (que imperaba en la época del salvajismo y se basaba en el empleo de la fuerza y en la composición unilateral del conflicto, la que ponía en peligro la paz social y tendía a la desintegración del grupo); y mucho más efectiva que la *autocomposición* (por cuanto, a veces el arribo a la solución consensuada era muchas veces difícil de encontrar).

Es así que los sujetos contendientes «acuerdan» someter el conflicto a cargo de terceras personas del grupo, con especiales cualidades por su leal saber, honestidad, prudencia y demás valores necesarios para una justa y razonable solución del conflicto, y a cuya decisión se obligaban libremente los contendientes.

Dentro de esta lógica, se entiende que así ha aparecido el arbitraje, remontándose sus orígenes hasta la formación y desarrollo del grupo humano y la sociedad. Se practicaba ya el arbitraje en las *gens*, las aldeas y tribus. Existen varios documentos que dan cuenta de la antigüedad del arbitraje ya efectuados; el recuento, en el primer capítulo, al exponer algunos «datos sobre los orígenes del arbitraje».

Ya, muy posteriormente, en los albores de la civilización, allí cuando el Estado como aparato coercitivo, ya había nacido y ergo «asume directamente la función plena de garantizar el derecho mediante órganos propios investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares

están obligados a recurrir para la composición de las controversias»,²⁵⁹ el hombre y la sociedad ingresan al mecanismo de la *composición jurisdiccional* o simplemente *jurisdicción*, en donde el Estado, por encima de la voluntad de sus miembros, se sustituye en la voluntad del individuo para, por medio de su *imperium* (poder o soberanía), designar los órganos (juez o tribunal) encargados de componer todo litigio con trascendencia jurídica, empero no de cualquier modo, ni sólo mediante el simple leal saber del juez, sino mediante el derecho instituido, a su vez, por el Estado, monopolizando, incluso, dicha potestad de resolver los conflictos en forma única y exclusiva y contando incluso con la fuerza pública necesaria para hacer cumplir lo resuelto (*coertio, executio*), manteniendo; sin embargo, como forma alternativa, la solución de determinados conflictos (los referidos a derechos e intereses de libre disposición por las partes) mediante los demás mecanismos autocompositivos (conciliación, transacción) y heterocompositivos como el arbitraje, y permitiendo, incluso, en forma excepcional, situaciones permisivas de autotutela o defensa privada, tales como la legítima defensa y la defensa posesoria, ya referidas en el capítulo anterior.

Así, en tanto a que en el arbitraje las partes acuerdan libremente, y en ejercicio de la autonomía de voluntad, someter el conflicto al árbitro; en tanto a que el arbitraje tiene su causa-fuente en la libertad y la autonomía de la voluntad, plasmado jurídicamente en el convenio arbitral.

La jurisdicción, en cambio, tiene su causa-fuente en el poder impuesto por el Estado en el *ius imperium*. En la función jurisdiccional prima el principio de la unidad y exclusividad de tal función. El Estado monopoliza la función jurisdiccional. El Estado impone la justicia pública para todos los miembros de su territorio mediante un ordenamiento jurídico que, a su vez, establece.

²⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1943, tomo I, p. 149.

Ya sea que se diga que la fuente del poder estatal para impartir justicia se encuentre en la «soberanía popular» (la voluntad del pueblo), que es, finalmente, una ficción mediante la cual el Estado de derecho justifica su legitimidad; o, ya sea que se dijera en otros tiempos que tal poder radica en la voluntad del rey o emperador (*El Estado soy yo*, se atribuye que dijo el Rey de Francia, Luis XIV, en alguna ocasión y que con ello reflejaba el absolutismo de su poder), o en la voluntad de Dios (como también sostenían los hebreos en la Biblia), lo claro y concreto es que la causa de la función jurisdiccional está en el poder político-económico que la clase a cargo del Estado detenta. Mediante ese poder (*ius imperium*) es que el Estado confiere a sus jueces y magistrados, jurisdicción para la impartición de justicia mediante un sistema organizativo y un ordenamiento jurídico que el Estado «impone» a los miembros de su territorio.

Es menester aclarar que el concepto de imposición que utilizamos no corresponde al absolutismo ni al despotismo como formas de ejercicio del poder político que, por ejemplo, caracterizaba al Estado de la Monarquía absoluta. Tampoco tal concepto corresponde a la llamada «dictadura del proletariado» propio de los ex Estados socialistas en los cuales el poder jurisdiccional provenía, no del pueblo ni de la nación, sino de un sector del pueblo, de una clase social: el *proletariado*, según la doctrina del materialismo histórico en que se sustenta el socialismo.

Cuando nos referimos a que el Estado impone un sistema de impartición de justicia basado en un ordenamiento jurídico determinado nos referimos a que, en virtud de la soberanía que detenta, es capaz de imponer en forma legítima tal sistema y tal ordenamiento. Eso es soberanía desde el punto de vista político. Soberanía que encuentra su justificación y legitimidad en la «voluntad del pueblo», la cual se expresa —en el sistema democrático— en elecciones libres de las autoridades que ejercen tal poder. Mas el origen o fuente de esa soberanía no está, simplemente, en quienes dirigen el Estado, ni de una determinada clase

social, sino en el pueblo, la nación o la comunidad que se encuentra dentro del territorio del Estado.

El pueblo o nación es el que constituye el poder (*Poder Constituyente*) a través de mecanismos democráticos de representación, a fin de que sus miembros políticamente aptos (los ciudadanos) manifiesten a través de procesos democráticos (elecciones democráticas) su «voluntad general», la cual queda plasmada en un instrumento político-jurídico denominado «Constitución», la cual se erige, a su vez, como la norma fundamental o superior que irradia todo el ordenamiento jurídico a través de los derechos, los principios y los valores que consagra, estableciendo a su vez los llamados *Poderes Constituidos* (Poder Legislativo, Ejecutivo y —por supuesto— el Poder Jurisdiccional, así como los órganos constitucionales autónomos) a quienes les asigna funciones y competencias específicas para el logro de los fines del Estado y la sociedad establecidos en la Constitución.

La Constitución plasma en el artículo 138 lo hasta aquí expuesto cuando establece que:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Marcial Rubio Correa, comentando este artículo, expresa que:

La función jurisdiccional pertenece al Estado. Es, como dice el artículo 138 de la Constitución, soberana porque *emana del pueblo*. Consiste en dirimir los conflictos existentes en la sociedad con la finalidad de pacificar a la sociedad evitando la justicia por propia mano. La teoría clásica del Estado moderno ha sostenido desde Hobbes, que la finalidad de establecer una autoridad suprema en el Estado es la de entregarle la fuerza de todos para

dar solución definitiva a los problemas entre las personas [...]. La justicia se administra tomando como elemento central el derecho (al que analógicamente la parte final de la cita se refiere como «la ley»). Desde luego, las leyes o las normas con rango de ley tienen importancia fundamental en la administración de justicia, pero más la tienen la Constitución y el conjunto de principios explícitos e implícitos que de ella emanan [...].²⁶⁰

El Tribunal Constitucional, a su turno, también ha establecido que:

11. A la luz de lo expuesto, la función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacerse justicia por propia mano [...], es el Estado el encargado de resolver las controversias legales que surjan entre los hombres. En dicho contexto, el justiciable tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para ejecutar una acción, a lo que corresponde como correlato la jurisdicción, que es, además, un poder-deber.
12. Es evidente que la jurisdicción corresponde a la soberanía del Estado, y que se ejerce a través del órgano jurisdiccional, el cual será competente para resolver los conflictos que se susciten entre los particulares, mediante la aplicación de la ley [...].
13. El ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber: a) Conflicto entre las partes; b) Interés social en la composición del conflicto; c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial; d) Aplicación de la ley o integración del derecho.²⁶¹

²⁶⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, 2.^a edición, pp. 214-215.

²⁶¹ STC n.º 0023-2003-AI/TC, 9/6/2004, fundamentos jurídicos n.ºs 11, 12 y 13. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>.

El Tribunal Constitucional también ha complementado su visión de la función jurisdiccional, precisando los temas fundamentales llamados a resolver:

14. El ejercicio de la potestad jurisdiccional o la potestad de administrar justicia comprende, en lo esencial, lo siguiente: la tutela de los derechos fundamentales, los derechos ordinarios e intereses legítimos; la sanción de los actos delictivos; el control difuso de constitucionalidad; y el control de la legalidad de los actos administrativos.²⁶²

En síntesis —como bien afirma Rubio Correa—, «la jurisdicción es un poder del Estado soberano encargado constitucionalmente como un deber a diversos órganos, que tiene por finalidad pacificar la sociedad y, para ello, resuelve los conflictos existentes en la sociedad en forma imparcial, de acuerdo al derecho (que incluye la aplicación de los principios generales) y con carácter definitivo, salvo, esto último, las revisiones que la propia Constitución autoriza de las sentencias jurisdiccionales. Las personas tienen derecho a que la jurisdicción resuelva sus problemas».²⁶³

Quedando claro, entonces, el fundamento de la potestad jurisdiccional que el Estado peruano ejerce, sólo cabe efectuar las siguientes precisiones necesarias y útiles, sobre todo, para los fines del presente trabajo.

La potestad de administrar justicia que se atribuye al Estado y que emana del pueblo no sólo se ejerce a través del Poder Judicial, sino que en puridad el Estado ejerce tal función a través de determinados órganos que la Constitución y las leyes asignan. Así, tenemos no sólo al Poder Judicial, sino también otros órganos constitucionales como el

²⁶² STC n.º 0023-2003-AI/TC, 9/6/2004, fundamento jurídico n.º 14.

²⁶³ RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, 2.ª edición, p. 217.

Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la Justicia Militar. Todos ellos constituyen órganos jurisdiccionales del Estado y cumplen función de resolver conflictos de relevancia jurídica mediante la aplicación del derecho a un caso concreto de su competencia.

Sin embargo, el artículo 149 de la Constitución establece también la posibilidad de que organizaciones extraestatales impartan justicia, al disponer que:

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Esta norma importa el respeto y consideración de nuestra pluralidad cultural y la vigencia de la costumbre como fuente de derecho en diversas zonas geográficas del Perú, pero en puridad la facultad otorgada a las comunidades campesinas y nativas no constituye *in stricto* una jurisdicción, sino, en todo caso, la delegación de la función jurisdiccional que el Estado en tanto poder se atribuye, en razón a que resulta, a veces, materialmente imposible o a veces costoso que el Estado pueda ejercer dicha potestad directamente a través de sus órganos jurisdiccionales. Por lo que se puede decir que la función jurisdiccional es indelegable, excepto la delegación constitucionalmente permitida de dicha función a las comunidades campesinas y nativas.

En suma, la sola lectura aislada y asistemática del artículo 138 de la Constitución, que establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y que se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jurisdiccionales, constituye una lectura no acorde a los «principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia prác-

tica»,²⁶⁴ pues una lectura interpretativa conforme a dichos principios, permite afirmar que, en realidad, la justicia ordinaria le corresponde al Poder Judicial, y a los demás órganos públicos (en tanto órganos también jurisdiccionales) les corresponde impartir justicia especializada, es decir, conocer sólo determinados casos que la Constitución y las leyes les asignan; ergo, a los órganos jurisdiccionales que conforman el Poder

²⁶⁴ El Tribunal Constitucional —siguiendo la doctrina constitucional contemporánea— ha establecido que son cinco los principios que rigen en la interpretación de las disposiciones constitucionales:

- a) El principio de unidad de la Constitución.— Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un «todo» armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
- b) El principio de concordancia práctica.— En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta «optimizando» su interpretación, es decir, sin «sacrificar» ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional incluso aquéllos pertenecientes a la denominada «Constitución orgánica» se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestación del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución).
- c) El principio de corrección funcional.— Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
- d) El principio de función integradora.— El «producto» de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.
- e) El principio de fuerza normativa de la Constitución.— La interpretación de la Constitución debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto. (STC n.º 5854-2005-AA/TC, fundamento jurídico n.º 12). Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>.

Judicial les corresponde el conocimiento de todos los demás casos que no les corresponde a los órganos jurisdiccionales especiales.

Sin embargo, queda claro que la potestad que el Estado se atribuye para impartir justicia (a través de sus órganos jurisdiccionales ordinarios y especiales), emana todos ellos de la voluntad general del pueblo peruano plasmado en la Constitución. Ergo, todos los órganos jurisdiccionales imparten justicia conforme a la Constitución y las leyes.

2.2. La función jurisdiccional como poder y deber

Derivado de la soberanía estatal, la función jurisdiccional constituye esencialmente un poder, pero a su vez un deber. El que monopoliza el ejercicio de un poder tiene a su vez el deber de ejercerla, pues lo contrario importaría la pérdida paulatina de dicho poder.

a) La función jurisdiccional es un poder público. Porque constituye expresión de la soberanía, potestad o *imperium* que el Estado ejerce sobre los individuos que se hallan dentro de su ámbito territorial.

Esta potestad implica dos cuestiones:

1° Que, frente a una *litis*, únicamente al Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, corresponde solucionarla, ya sea a pedido de parte o de oficio. Hoy por hoy, la administración de justicia como función pública es considerada como monopolio exclusivo del Estado. De ahí que casi todas las constituciones de los Estados contemporáneos, establezcan la prohibición expresa de establecer jurisdicción paralela e independiente a la que corresponde por derecho al Estado.

En palabras de Juan Monroy Gálvez:

La jurisdicción es un *poder* porque es exclusiva: no hay otro órgano estatal ni mucho menos particular encargado de tal tarea. El Estado ejerce de tal forma con exclusividad, que los textos

constitucionales suelen referirse al *monopolio jurisdiccional del Estado*. Resulta evidente que el origen de ese *poder* se encuentra en la aceptación de que la función jurisdiccional es una manifestación de la superioridad de quien la ejerce. Superioridad y autoridad que, a su vez, se explican en que ambas constituyen una emanación de la soberanía del Estado [...]. Otra manera de sustentar la calidad de *poder* de la jurisdicción es afirmar que es el medio a través del cual el Estado asegura que su facultad legisladora —también exclusiva— va a ser respetada a través de la eficacia del ordenamiento legal que él mismo provee a la sociedad [...].²⁶⁵

2° Que toda persona ante la presencia de un caso justiciable tiene la obligación de recurrir y someterse a la potestad decisoria del Estado que a través de sus respectivos órganos jurisdiccionales la ejercita acorde a la Constitución y las leyes, salvo que haya optado por alguno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (conciliación, transacción, negociación y arbitraje). Empero, en tanto ello no ocurra, ninguna persona puede impartirse justicia por sus propias manos, es decir, en forma privada. Hacerlo constituye delito.²⁶⁶ Hoy por hoy —nos los recuerda el gran Piero Calamandrei—, «en la base del concepto de jurisdicción se encuentra en el Estado moderno, la premisa fundamental de la prohibición de la autodefensa».²⁶⁷

b) *La función jurisdiccional es también un deber público*. Porque consiste —como bien dice Devis Echandia— en «cumplir la función cuantas veces ocurra un hecho o un acto jurídico que reclame su actividad, sea lícito o ilícito, voluntario o involuntario, de particular o de

²⁶⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 402-403.

²⁶⁶ Código Penal:

«Artículo 417.- El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas».

²⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1943, tomo I, p. 144.

funcionario social e inclusive de las entidades públicas en que se subdivide su organización constitucional y administrativa».²⁶⁸

La jurisdicción casi siempre se activa con el pedido de los justiciables (principio dispositivo), teniendo el órgano jurisdiccional la obligación de desarrollar el proceso en perspectiva de hallar una solución definitiva al conflicto sometido a su consideración. Sólo puede rechazar el pedido de los justiciables de manera debidamente fundamentada y explicitada. En materia penal, donde cabe la actuación de oficio del juez, al ser aquella impuesta por el ordenamiento jurídico, se reafirma la jurisdicción como deber.²⁶⁹

Para nosotros también este deber público implica dos cuestiones:

1° Que el Estado como realidad político-social de ninguna manera puede sustraerse de su obligación para con la sociedad, pues ello significaría volver a los tiempos iniciales de la *autotutela*; significaría negar su propia seguridad y hasta su propia existencia. Existe, más bien, la necesidad de que el Estado provea a los órganos jurisdiccionales de las condiciones materiales adecuadas, a fin de que puedan eficazmente cumplir con este deber público; asimismo, tiene el deber de promover el uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, a fin de reducir la sobrecarga procesal de peso sobre los órganos jurisdiccionales; y,

2° Que tampoco los operadores jurisdiccionales (jueces, secretarios, relatores, etc.) pueden negarse a cumplir este deber para con la ciu-

²⁶⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. «Derecho y deber de jurisdicción». En *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*. Madrid, 1972, n.º 4, p. 739.

²⁶⁹ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Función jurisdiccional*. Programa de Formación de Aspirantes. Lima, 2000. Ver versión electrónica en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/funcion_jurisdiccional.pdf.

dadanía y para con el propio Estado. Negarse a impartir justicia bajo cualquier pretexto constituye a su vez delito²⁷⁰.

2.3. *La función jurisdiccional como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*

En su aspecto jurídico-normativo, la función jurisdiccional consiste estrictamente —a decir del insigne Eduardo J. Couture— en «la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».²⁷¹ De ello deriva que, en la jurisdicción, como actividad o función propiamente jurídica, se pueden distinguir claramente dos etapas o momentos: la «cognición» y su «ejecución forzada».²⁷²

- a) *La cognición o declaración del derecho.* Es el momento del «juzgamiento», consistente en decir, declarar o aplicar el derecho al caso concreto. Significado éste que, a su vez, concuerda con el concepto etimológico de jurisdicción (de *juris dictio* o *juris dicere*: decir o mostrar el derecho).
- b) *La ejecución forzada de lo declarado.* Es el momento de la coacción consistente en hacer realidad el mandato declarado cierto en la etapa anterior, utilizando el Estado, para ello, «su *imperium* para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible».²⁷³ Ello

²⁷⁰ Código Penal:

«Artículo 422.— El juez que se niega a administrar justicia o que elude juzgar bajo pretexto de defecto o deficiencia de la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años».

«Artículo 423.— El notario o secretario de juzgado o fiscalía o cualquier otro auxiliar de justicia que se niega a cumplir las obligaciones que legalmente le corresponde, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año, o con treinta a sesenta días-multa».

²⁷¹ COUTURE, Eduardo J. *Procedimiento: primer curso*. Montevideo: Medina, vol. I, s/f, p. 23.

²⁷² CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 79.

²⁷³ MONROY GÁLVEZ, Juan. «Conceptos elementales de proceso civil». En *Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil*. TICONA POSTIGO, Víctor (coord.). Arequipa:

quiere decir que, aunque el concepto etimológico de jurisdicción comprenda sólo el momento declarativo del derecho, «actualmente; sin embargo —dice el gran Piero Calamandrei— dicho concepto abarca no sólo este primer momento, sino también la ejecución forzada, es decir, la actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para hacer que ese mandato concreto (sentencia) sea, prácticamente, observado también en caso de necesidad, con el empleo de la fuerza física, dirigida a modificar el mundo exterior y a hacerle corresponder a la voluntad de la ley».²⁷⁴

- c) La ejecución forzada del derecho declarado como cierto, a través del proceso de naturaleza declarativa o cognitiva, forma parte del derecho a la jurisdicción, hoy por hoy, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debida. Por lo que, ante la necesidad de satisfacer el derecho declarado como cierto, el justiciable tiene el derecho de accionar al órgano jurisdiccional y solicitar la ejecución forzada de la obligación contenida en tal derecho.

En conclusión, he aquí con Couture el auténtico significado de la función jurisdiccional en su aspecto estrictamente jurídico:

La jurisdicción en nuestro derecho no es solamente la potestad de decir el derecho, es decir, de declarar quién tiene la razón, sino que es, por mandato o definición de la propia ley, la actividad de decir el derecho y mandar a cumplir lo que se ha resuelto.²⁷⁵

Jurisdicción es, entonces, cognición y, eventualmente, su ejecución forzada. La cognición se dirige a la declaración de certeza de un mandato individualizado y se expresa en una decisión; la ejecución forzada tra-

Universidad Nacional de San Agustín, 1994.

²⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1943, tomo I, p. 87.

²⁷⁵ COUTURE, Eduardo J. *Ob. cit.*, p. 88.

ta de hacer que el mandato individualizado, declarado cierto mediante la decisión, sea, prácticamente, observado.

En fin, éstos constituyen dos momentos unitarios de la función jurisdiccional.

No se debe a la causalidad —dice el gran Piero Calamandrei— el que la justicia se presente simbólicamente provista de la balanza y de la espada. La defensa del derecho que el Estado a través de la jurisdicción, no se agota en los razonamientos del juez; a fin de que éstos puedan traducirse en realidad, es necesario que detrás de la balanza del juzgador, vigile la espada del ejecutor. Pero, viceversa, la espada del ejecutor, no puede moverse si antes el juez no ha pesado imparcialmente las razones de la justicia.²⁷⁶

El Tribunal Constitucional también ha dejado sentado que:

La jurisdicción es la potestad y/o poder que otorga el Estado a determinadas instituciones para «decir», resolver o aplicar el derecho que corresponde a un conflicto de intereses con el carácter especial de que sus decisiones son irrevisables; es decir, tienen la calidad de cosa juzgada. Aquellos órganos cuyas resoluciones son revisables no tienen jurisdicción sino competencia. El límite de la jurisdicción es la competencia por razón de grado, materia, turno, territorio, etc.²⁷⁷

En otra sentencia, el Tribunal sentencia que:

El cumplimiento pleno de lo establecido en una decisión judicial supone [...] la satisfacción real y efectiva, en tiempo oportuno, de lo decidido por el poder jurisdiccional.²⁷⁸

²⁷⁶ CALAMANDREI, Piero: *Ob. cit.*, p. 88.

²⁷⁷ STC n.º 0584-1998-HC/TC, 6/8/1998, fundamento jurídico n.º 2. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00584-1998-HC.html>.

²⁷⁸ STC n.º 4080-2004-AC/TC, 28/1/2005, fundamento jurídico n.º 17. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04080-2004-AC.html>.

El derecho a la tutela jurisdiccional no sólo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la «efectividad» de las resoluciones judiciales; busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones.²⁷⁹

3. DEFINICIÓN DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Con base en los elementos constitutivos, esto es, la de ser históricamente un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos de intereses y constituirse, básicamente, en el poder-deber exclusivo del Estado para administrar justicia, y la de consistir jurídicamente en declarar el derecho a un caso concreto en forma definitiva y eventualmente en ejecutar lo declarado, y la de tener finalidad resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica conforme a derecho, para con ello lograr la anhelada «paz social en justicia», he aquí una definición integral dado por el profesor Juan Monroy Gálvez, para quien la llamada función jurisdiccional o más específicamente jurisdicción, «es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas y delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su *imperium* para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia».²⁸⁰

José Vicente Gimeno Sendra —citado por el profesor José Garberí Llobregat— afirma también que:

²⁷⁹ STC n.º 0015-2005-AI/TC, 5/2/2006, fundamento jurídico n.º 17. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00015-2005-AI.html>.

²⁸⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 402-401.

«Jurisdicción» en los Estados de derecho constituye el poder del Estado emanado de la soberanía popular y con un régimen propio de autogobierno, integrado sobre la base de la unidad por juzgados y tribunales legalmente predeterminados, y por jueces y magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la ley, que ostentan en exclusividad la potestad jurisdiccional para tutelar los derechos subjetivos y solucionar de manera definitiva e irrevocable los conflictos intersubjetivos y sociales de todo tipo, ejercitar el control de la legalidad y complementar el ordenamiento jurídico.²⁸¹

Finalmente, con la precisión que lo caracteriza, el profesor Monroy Gálvez explica magistralmente el concepto de jurisdicción que diera al manifestar que:

2. [...] [l]a jurisdicción es un poder-deber del Estado. En su ejercicio se expresa de manera contundente la potestad del Estado sobre los ciudadanos: la función jurisdiccional reafirma al Estado como la organización política más importante de una sociedad, por eso éste propone el derecho que debe ser cumplido (función primaria) y, a través de la jurisdicción, impone el cumplimiento de éste (función secundaria).

Pero, a su vez, al Estado le está vedada la posibilidad de negar a un ciudadano tutela jurisdiccional. Al margen del cumplimiento de requisitos básicos —comunes a todo sujeto de derechos— todos estamos facultados a exigirle al Estado nos conceda tutela jurisdiccional, es decir, que tramite un proceso civil, por ejemplo, y se pronuncie dentro de él sobre nuestros conflictos de intereses, inclusive, sin considerar si estos existen o si sólo son declaraciones —desprovistas de realidad, pero posibles— contenidas en los escritos judiciales respectivos.

²⁸¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, pp. 41-42.

9. Si necesitáramos identificar los fines de la jurisdicción, tendríamos que decir que estos son: solucionar conflictos de intereses intersubjetivos con relevancia jurídica, controlar las conductas antisociales y también controlar la constitucionalidad normativa.

A través del cumplimiento regular y sostenido de tales encargos, el Estado se puede acercar a su gran objetivo: la construcción de una sociedad con paz y justicia.

10. Para lograr el objetivo propuesto, los órganos jurisdiccionales [...] se sirven de la aplicación del derecho —propuesto a la sociedad por el mismo Estado— al caso concreto sometido a su función [...].
11. La solución de conflictos y los otros objetivos encargados a la jurisdicción sólo empezaran a concretarse cuando las decisiones judiciales sean inmodificables, irrevisables, es decir, cuando transiten de la precariedad temporal a poseer la autoridad de la cosa juzgada.
12. Finalmente, el que entendemos es el rasgo en donde mejor se expresa la naturaleza singular de la jurisdicción es el de la posibilidad de que el Estado pueda utilizar su fuerza para que las decisiones que hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada se cumplan, vale decir, tengan eficacia en el plano de los fenómenos concretos [...].

Si el órgano jurisdiccional pertenece al Estado, entonces las declaraciones de voluntad que aquel exprese las hace en representación de éste —que a su vez ejerce la representación popular—, por tanto, está plenamente facultado a imponerlas, inclusive por la fuerza a quienes no las obedezcan. Esto es, en estricto, jurisdicción. Otras instituciones se le asemejan en alguno de los rasgos descritos, sin embargo, insistimos en que su *coercibilidad* —como expresión final del conjunto— le da el sello indeleble de una actividad estatal trascendente y única.

Éste es el rasgo que caracteriza, además, por qué otros órganos estatales no jurisdiccionales, procesan y resuelven conflictos de intereses —de una naturaleza particular o específica, pero conflictos al fin— a pesar de lo cual no realizan función jurisdiccional en el sentido estricto del concepto. No sólo carecen de coercitividad, sino también de definitividad, salvo los casos excepcionales de algunos órganos constitucionales autónomos en los que —por razones de seguridad jurídica— es imprescindible que sus decisiones no sean impugnables, como el caso de las instituciones encargadas de la administración, control y supervisión de los procesos electorales para elegir autoridades políticas nacionales y locales.²⁸²

4. ELEMENTOS Y PODERES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

En la doctrina procesal se encuentra pacíficamente admitido lo que los expositores del derecho romano-canónico de la Edad Media, los glosadores y posglosadores, han establecido tradicionalmente como los «elementos de la jurisdicción» en una serie de actividades a las cuales erigieron en postulados ínsitos en el poder jurisdiccional.²⁸³

Tales elementos de la jurisdicción son:

- a) La *gnotio* (o *notio*). Que era la facultad para conocer una determinada cuestión litigiosa o derecho del juez de formar convicción con el material de conocimiento que le suministraban las partes o que él mismo, mediante las llamadas diligencias «para mejor proveer», incorporaba al proceso.²⁸⁴

²⁸² MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 425-427.

²⁸³ QUINTERO, Beatriz. *Teoría general del proceso*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992, tomo I, p. 183.

²⁸⁴ QUINTERO, Beatriz. *Ob. cit.*, p. 183.

- b) La *vocatio*. Es la facultad para compeler o generar cargas a las partes para que comparezcan al proceso. Es decir, la facultad de requerir la comparecencia de las partes a estar a derecho, o para cualquiera de las partes que fuere emplazada a ese fin.²⁸⁵
- c) La *coertio* o *imperium*. Es la facultad de emplear la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, a fin de hacer posible su desenvolvimiento: se ejerce sobre personas y cosas.²⁸⁶
- d) El *iudicium*. Es la facultad de dictar sentencia poniendo término a la *litis* con carácter definitivo, es decir, con efecto de cosa juzgada. El juez no puede dejar de resolver por insuficiencia, obscuridad o silencio de la ley.²⁸⁷
- e) El *executio*: Es decir, la facultad que corresponde a los órganos jurisdiccionales para la ejecución de las resoluciones judiciales, incluso recurriendo al empleo de la fuerza pública, de ser necesario.

Sin embargo, modernamente la doctrina procesal prefiere hablar de poderes radicados en la función jurisdiccional, los cuales se dividen en cuatro grupos;²⁸⁸ a saber:

- a) *Poder de decisión*. Por el cual la autoridad resuelve los conflictos de intereses planteados. Emite un juicio de valor y un mandato

²⁸⁵ GOZAÍNI, Osvaldo A. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley, 2009, tomo I, p. 184.

²⁸⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal, garantía de la libertad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, tomo I, p. 262.

²⁸⁷ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1957, tomo II, pp. 427-428.

²⁸⁸ GOZAÍNI, Osvaldo A. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley, 2009, tomo I, p. 185.

que se transmite a las partes con fuerza obligatoria, y que significa para las partes la subsunción de los hechos en el derecho.

- b) *Poder de coerción.* Consiste en una potestad disciplinaria de imponer sanciones a quienes, con su conducta, obstaculicen o perjudiquen el proceso en su desenvolvimiento. Poder de ejecución y poder de coerción se distinguen en que mientras el primero consiste en llevar adelante la realización efectiva del mandato, el segundo consiste en la imposición de una sanción a un acto de inconducta con la pena que establezca la ley, todo ello en el desarrollo del proceso que tiende a la decisión.
- c) *Poder de documentación.* Es el poder que recibe la judicatura para conformar el «clásico» expediente y, a su vez, es el poder para decretar y practicar pruebas que en ocasiones va unido al poder de coerción.
- d) *Poder de ejecución.* Que se relaciona con el de coerción, pero que tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de la coacción y aún de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el juicio, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que este se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito²⁸⁹.

5. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

El artículo 139 de la Constitución consagra los principios y derechos de la función jurisdiccional, esto es (según dicha disposición):

²⁸⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá: Temis, 2009, 2.^a edición, p. 86.

1. *La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.*
2. *La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.*
3. *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.*
4. *La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.*
5. *La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.*
6. *La pluralidad de la instancia.*
7. *La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.*
8. *El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.*

9. *El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.*
10. *El principio de no ser penado sin proceso judicial.*
11. *La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.*
12. *El principio de no ser condenado en ausencia.*
13. *La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.*
14. *El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.*
15. *El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.*
16. *El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.*
17. *La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.*
18. *La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.*
19. *La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.*
20. *El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.*
21. *El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.*
22. *El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*

En esta oportunidad desarrollaremos algunos de dichos principios-derechos, los que precisamente resultan útiles para los fines del presente trabajo.

5.1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional como principio rector del diseño constitucional de justicia pública

Este principio rector que encabeza el electo de principios constitucionales que diseñan el sistema de administración de justicia, se encuentra consagrado en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución el cual establece:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación (...).

a) El principio de exclusividad de la función jurisdiccional

Implica que la función jurisdiccional tiene que estar confiada únicamente a los órganos jurisdiccionales dentro de las competencias previstas en la Constitución y en las leyes. Como afirma Javier Pérez Royo «tal atribución no admite excepción bajo ningún tipo de circunstancias por muy extraordinarias que sean. La protección excepcional del Estado puede conducir en circunstancias extraordinariamente graves a la “reunión” de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Pero no hay “estado de excepción” que pueda justificar la “invasión” del Poder Judicial por ninguno de los otros dos poderes del Estado».²⁹⁰

²⁹⁰ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, 10.ª edición, p. 885.

La Constitución establece a su vez en el mismo artículo 139, inciso 3 que: *Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.*

Y que: *Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno* (Artículo 139 inciso 2).

Para Ana María Chocrón Giráldez: «La exclusividad puede abordarse desde diversas perspectivas: 1) el monopolio estatal de la jurisdicción, 2) la atribución de la potestad jurisdiccional exclusivamente a los órganos jurisdiccionales (reserva de jurisdicción), y por último, 3) desde una dimensión o aspecto negativo para resaltar que la función jurisdiccional ha de ser la única ejercitada por los juzgados y tribunales [...]. El ejercicio de la potestad jurisdiccional que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se atribuye de modo exclusivo a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, lo que quiere decir que el Estado se apodera del conocimiento y resolución de las controversias que surjan en el seno de una sociedad. En esto consiste el monopolio estatal de la jurisdicción, es decir, "la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se ha de encomendar solamente a órganos estatales con exclusión de cualesquiera órganos o personas privadas". [...].».

La exclusividad de la función jurisdiccional «manifiesta dos consideraciones trascendentes. Por un lado, que sólo quienes ostenten la potestad de juzgamiento, tienen la posibilidad de someter a las partes

a las disposiciones de un proceso que resolverán de manera definitiva. Por otro, que no es posible pensar en la delegación de esa potestad».²⁹¹

Para Juan Monroy Gálvez: «Nadie puede irrogarse en un Estado de derecho la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio. Esta actividad le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados, ésta tiene la exclusividad del encargo. El principio significa, además, que si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso instaurado contra él. Es más, para cuando el proceso acabe, dicha persona estará también obligada a cumplir con la decisión que se expida en el proceso del cual formó parte. En cualquiera de ambos casos, ni su actividad ni su omisión podrán liberarla de la obligatoriedad de cumplir con lo que se decida. Podrá ser compelida a ello, por medio del uso de la fuerza estatal».²⁹²

Para el Tribunal Constitucional, el principio de la exclusividad de la función jurisdiccional posee dos vertientes:

- a) Exclusividad judicial en su vertiente negativa: se encuentra prevista en el artículo 146, primer y segundo párrafos, de la Constitución, según la cual los jueces no pueden desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional, salvo la docencia universitaria [...]. Esta vertiente del principio de exclusividad de la función jurisdiccional, pues tiene la finalidad de evitar que el juez se parcialice en defensa del interés de una determinada entidad pública o privada [...].
- b) Exclusividad judicial en su vertiente positiva: se contempla en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución, según el cual sólo el Poder Judicial puede ejercer función jurisdiccional,

²⁹¹ GOZAÍNI, Osvaldo A. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley, 2009, tomo 1, pp. 165-166.

²⁹² MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría general de proceso*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 175.

salvo el caso de las excepciones ya mencionadas del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la jurisdicción militar, entre otros. En otras palabras, en un Estado Constitucional de Derecho, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden arrogarse la función jurisdiccional, pues, como se ha mencionado, esta actividad le corresponde exclusivamente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones y a la jurisdicción militar, entre otros.²⁹³

Como se advierte, la exclusividad de la función jurisdiccional, que encuentra fundamento en la teoría de la separación de poderes (ya desarrollados en puntos anteriores), no es en realidad estricta. De conformidad con los artículos 139, inciso 1, 149, 202 y 181, entre otros, de la Constitución, la exclusividad de la función jurisdiccional admite sin embargo la existencia de jurisdicciones excepcionales o especiales como las confiadas al Tribunal Constitucional, la jurisdicción militar, el Jurado Nacional de Elecciones, entre otros. El propio Tribunal señala que

[...] el ámbito de la jurisdicción ordinaria es de naturaleza global o totalizadora, mientras que el que corresponde a las jurisdicciones especializadas, es de naturaleza restringida, determinable a partir de la competencia que la Constitución les ha asignado.²⁹⁴

El Tribunal reconoce asimismo otros órganos e instituciones con jurisdicción al establecer que:

20. Por error de técnica, si bien en el artículo 139° de la Constitución se señala que: 'la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes' en puridad, como el propio texto fundamental lo re-

²⁹³ STC n.º 0004-2006-AI/TC, 29/3/2006, fundamento jurídico n.º 15. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>.

²⁹⁴ STC n.º 0017-2003-AI/TC, 16/3/2004. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>.

conoce, asistemática, pero expresamente, reconoce otras jurisdicciones especiales; a saber: la militar y la arbitral (inciso 1 del artículo 139); la de las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149); y la Constitucional (artículo 202).²⁹⁵

En síntesis, podemos decir que según el propio texto constitucional y sintetizado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias, ejercen función jurisdiccional los siguientes órganos: Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, tribunales arbitrales, tribunales militares, las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

Sin embargo, también debe tenerse en consideración que —conforme lo señala el Tribunal Constitucional—:

[L]a existencia de jurisdicciones especializadas no debe ni puede entenderse como sinónimo de lo que propiamente constituye una «jurisdicción de excepción». Con este último concepto se alude a órganos *ad-hoc*, creados para realizar el juzgamiento de un determinado conjunto de conductas, normalmente de naturaleza política, y que no pertenecen a la estructura del Poder Judicial, por lo que se encuentran prohibidos por la norma suprema.²⁹⁶

Siendo ello así, podemos afirmar dando una lectura sistemática de la Constitución y efectuada una correcta lectura del principio de exclusividad de la función jurisdiccional (conforme a los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de corrección funcional), se tiene que aquél hace alusión a que el poder/deber de impartir justicia que corresponde al Estado, no lo ejercita exclusivamente a través de los órganos jurisdiccionales que conforman el Poder Judicial, sino a todo

²⁹⁵ STC n.º 0023-2004-AI/TC, 9/6/2004. Ver en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>.

²⁹⁶ STC n.º 0017-2003-AI/TC, 16/3/2004, fundamento jurídico n.º 122. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>.

órgano que tiene naturaleza jurisdiccional a los que la Constitución les asigna tal función: Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, justicia arbitral, tribunales militares y las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

Le corresponde a los órganos jurisdiccionales que conforman el Poder Judicial, el conocimiento de causas ordinarias, y a los demás órganos jurisdiccionales las causas especiales que la Constitución les asigna.

b) El principio de unidad de la función jurisdiccional

Oswaldo Gozaíni observa la importancia de la unidad de la función jurisdiccional al sostener que: «[n]o es resultado valioso dividir el concepto de jurisdicción, pues equivale a escindir su misma naturaleza. La jurisdicción es única siendo imprudente pensar en más de una jurisdicción para el Estado. Por consiguiente, el órgano con funciones jurisdiccionales también es único [...]».

Bien señala Gimeno Sendra, que «en un Estado de derecho la función de juzgar debe encomendarse a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación es su conformación y competencia está expresamente desterrada. La ausencia de imparcialidad e independencia sería causa para desconocer ejercicio alguno de jurisdicción».²⁹⁷

Como buen afirma el profesor Juan Monroy Gálvez: «Si la jurisdicción es una potestad que emana de la soberanía popular es evidente que ha de ser necesariamente única; es conceptualmente imposible que un Estado no federal tenga más de una jurisdicción, por cuanto sólo existe una soberanía y sólo puede existir una potestad jurisdiccional que emane de ella. Teóricamente el ejercicio de esta potestad jurisdiccional podría corresponder a un órgano único, pero, dado que ello es prácti-

²⁹⁷ GOZAÍNÍ, Oswaldo A. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley, 2009, tomo I, p. 164.

camente imposible, atendida la cantidad de asuntos que deben resolverse, han de existir varios miles de órganos jurisdiccionales a los que se atribuye potestad jurisdiccional. Aparece así la organización judicial y dentro de ella pueden existir distintas clases de tribunales. La jurisdicción no sólo es única, es también indivisible y, por tanto, todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad. No se tiene parte de la potestad jurisdiccional, sino que ésta o se tiene o no se tiene. Cuando a un órgano del Estado se atribuye jurisdicción, se le atribuye toda la jurisdicción. Lo que puede distribuirse es la competencia [...]. Aunque la jurisdicción no se reparta, sí cabe repartir la materia, el territorio y la actividad procesal [...].²⁹⁸

José Almagro Nosete habla con precisión de «unidad de jurisdicciones» y sostiene con mucha precisión que:

Cuando se habla de unidad jurisdiccional (principio de) o de unidad de jurisdicciones, concurren dos planteamientos: uno abstracto, especulativo y conceptual; y otro histórico, político y reivindicativo.

Conforme al primer, entendida la función jurisdiccional como expresión de un monopolio estatal, desaparecidas las jurisdicciones gremiales, corporativas en general, señoriales, etc.; reconocido, en suma, que el único poder cualificado es el que dimana de la soberanía, no cabe duda que puede hablarse de un concepto unitario y de unas diversificaciones que, en este sentido, son manifestaciones de aquel único poder.

Pero lo que históricamente, ha constituido el núcleo de la lucha por la unidad jurisdiccional no ha sido el lograr una abstracta función unitaria radicada en el poder estatal, sino conseguir una justicia garantizada porque a su servicio sólo hubiera auténticos jueces. Si, en un primer momento, la esperanza se cifró en la jurisdicción del rey, jurisdicción real, más tarde, ordinaria o común, frente a la atomización que representaban los privilegios de fuero, luego las reivindicaciones se dirigieron a que la

²⁹⁸ MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, tomo I (parte general), pp. 65-66.

jurisdicción ordinaria, en la que los ideales en cuanto a la autenticidad del juez se realizaban, en mayor grado, expandiera su ámbito a campos no justiciables, a que absorbiera funciones materialmente jurisdiccionales encomendadas a órganos que no eran judiciales, como ocurría respecto de la jurisdicción retenida, en materia contencioso-administrativa [...].

En este sentido, lo que la unidad de jurisdicción postula en los tiempos modernos, no es tanto que la jurisdicción ordinaria, cuyo núcleo tradicional ha venido constituido por jurisdicción civil y la jurisdicción penal, absorba a las demás, sino a que no haya una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la ordinaria, y si éstas son insuficientes a que se adecúen a las exigencias de los países civilizados. En suma, no está reñida con la especialización de los órganos, siempre que ésta responda a condiciones objetivas y legales y no sean motivos de soterráneas discriminaciones. Y está frente a los tribunales de excepción; frente a las atribuciones de funciones judiciales a órganos no jurisdiccionales, frente a cualquier sistema que prive al individuo de la garantía de Juez legal o natural.²⁹⁹

Por otra parte, Juan Monroy Palacios —una vez más con la acuciosidad que lo caracteriza— observa acertadamente respecto de la mal llamada «jurisdicción excepcional» que se atribuye al arbitraje que:

La «jurisdicción excepcional» que algunos pretenden llevar hasta sus últimas consecuencias, valiéndose simplemente del texto expreso de la norma constitucional, es una categoría que no resiste el más mínimo análisis. Técnicamente, el nombre correcto para crear campos diferenciados respecto de la actividad de los jueces ordinarios es la «jurisdicción especial», pero más allá del *nomen juris*, que siempre es lo accesorio, es necesario tener en cuenta la posibilidad de que el ordenamiento constitucional prevea jueces distintos a los ordinarios tiene como presupuesto insuperable el respeto por la «unidad de la jurisdicción». Este principio, lejos de aplicarse sólo a los jueces que conforman la estructura

²⁹⁹ ALMAGRO NOSETE, José. *Constitución y proceso*. Barcelona: Bosch, 1984, pp. 84-85.

del Poder Judicial, admite además la existencia de otros jueces estatales, siempre y cuando la referida unidad se exprese en alguna de sus especies: a) que haya *unidad orgánica*, como el caso de la «jurisdicción militar», sobre la cual es imperativo que se creen fórmulas de control efectivo por parte de la jurisdicción ordinaria; o b) *unidad sustancial*, representada por una necesaria homogeneidad entre jueces ordinarios y especiales, como los que conforman el Tribunal Constitucional. En efecto, unos y otros no sólo resuelven controversias, sino que ejercen funciones públicas y poseen el imperio necesario para que sus decisiones adquieran la autoridad de la cosa juzgada y sean susceptibles de ejecución.³⁰⁰

Para nosotros, la unidad de la función jurisdiccional es mejor entendida a partir de lo que se ha expuesto a cerca de la exclusividad de la jurisdicción. Precisamente, si la función jurisdiccional es ejercitada a través de diversos órganos del Estado a quienes la Constitución les ha dotado de potestad jurisdiccional, entonces congruente con la unidad del poder estatal (ya expuesto en puntos anteriores) dicha función del Estado de impartir justicia debe también ser unitario, es decir, constituir un sistema concatenado en donde el Estado a través de dichos órganos —según sus competencias— pueda en forma unívoca y sin resultado contradictorio, dar una respuesta frente a la *litis* conforme a la Constitución y las normas internacionales de protección de los derechos humanos. El hecho de que existan diversos órganos con funciones jurisdiccionales y que estos gocen de independencia y/o autonomía funcional, no exime a que el Estado cree mecanismos para unificar dicha respuesta de justicia que el ciudadano espera al fin a cabo del Estado. Tal nivel de concordancia funcional debe existir en algún momento del ejercicio de dicha función jurisdiccional a cargo de los órganos que imparte justicia a nombre del Estado y la nación. Así, tal corrección funcional se da con la intervención que el Tribunal Constitucional efectúa como última instancia en materia de tutela de de-

³⁰⁰ MONROY PALACIOS, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Monroy Palacios, Juan José (dir.). Lima: Comunitas, 2008, n.º 10, p. 143.

rechos fundamentales y control de constitucionalidad sobre las funciones que respecto a ello ejerzan por ejemplo los jueces del Poder Judicial. Asimismo, el Poder Judicial ejerce control sobre la Justicia Militar a través de la Casación en caso de imposición de pena muerte (artículos 141 y 173 de la Constitución).³⁰¹ Y también sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios a través de la Casación como recurso extraordinario. Y, sobre la justicia arbitral cabe también el control jurisdiccional (de legalidad y de constitucionalidad) bajo determinadas condiciones y limitaciones establecidas en la Constitución y la ley. Las decisiones jurisdiccionales del Jurado Nacional de Elecciones también son posibles de ser revisadas por el Tribunal Constitucional cuando afecten del debido proceso.

En este mismo criterio, el Tribunal Constitucional ha sentado que:

Es necesario precisar que conforme al artículo 139°, inciso 1, de la Constitución el principio de la unidad de la función jurisdiccional implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas garantías procesales establecidas por la Constitución [...].

Todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional (sea ordinario, constitucional, electoral, militar y, por extensión, los árbitros) debe respetar, mínimamente, las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional 'efectiva' y al debido proceso,

³⁰¹ «Artículo 141.- Casación.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173».

entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, independiente e imparcial, a la ejecución de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales [...]. El principio de unidad de la función jurisdiccional implica también que los órganos como el Poder Judicial deban contar con un estatuto jurídico propio y único, de modo tal que se logre preservar la independencia del juez, así como la vigencia del principio de igualdad, que en una de sus manifestaciones, implica un trato igual para los iguales [...].³⁰²

Asimismo, en la sentencia expedida en el precedente vinculante del caso Minera María Julia, el Tribunal ha establecido que:

[e]l *principio de unidad de la función jurisdiccional* (que implica que el Estado, en conjunto, posea un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tengan idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento), ya que, como ha señalado este Tribunal, «*de ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución*» (STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 10).³⁰³

³⁰² STC n.º 0004-2006-AI/TC, 29/03/2006, fundamento jurídico n.ºs 8 y 32. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>.

³⁰³ STC n.º 00142-2011-PA/TC, fundamento jurídico n.º 23. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>.

5.2. *La independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales como garantía de los justiciables y de los propios jueces*

a) La independencia de los órganos jurisdiccionales

Constituye una condición necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional y la garantía de la exclusividad de la función jurisdiccional. No podría hablarse válidamente de exclusividad de la función pública de impartir justicia sin que a la parte se garantice a su vez la independencia, imparcialidad e inamovilidad de los jueces.

El Tribunal Constitucional ha establecido con claridad que:

La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad auto determinativa de los jueces y magistrados para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional. El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de la Justicia Militar [‘es autóno-

mo y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa’]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada —como la militar— posibilite tal actuación.³⁰⁴

El principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones:

- a) Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, militar, laboral, entre otras, no puede depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan sólo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta.

En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentren en similar nivel y jerarquía, entre otros casos.

Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el prin-

³⁰⁴ STC n.º 0023-2003-AI/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 28, 29, 31 y 33. Citado también por ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Adrus, 2011, 4.ª edición, pp. 181-182. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>.

cipio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador sólo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...); y «El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y a la ley», respectivamente.

De otro lado, es importante precisar que lo expuesto párrafos precedentes no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometido a crítica. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho «de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley», y del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias.

Tal derecho a la crítica de las resoluciones judiciales también tiene límites, entre los que destaca, entre otros, que ésta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este sólo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a ella.

- b) Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el principio de independencia judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.

En cuanto al segundo punto, el principio de independencia judicial implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros.³⁰⁵

b) El principio de imparcialidad en la función jurisdiccional

Debe tenerse en consideración que mientras que el principio de independencia judicial, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas al proceso, ya sea provengan de fuera de la organización o dentro de ella, el principio de imparcialidad, estrechamente liga-

³⁰⁵ STC n.º 0004-2006-AI/TC, fundamento jurídico n.º 18. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>.

do al principio de independencia funcional, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso.

El Tribunal Constitucional ha establecido que este principio posee dos acepciones:³⁰⁶

- a) Imparcialidad subjetiva. Se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso.
- b) Imparcialidad objetiva. Está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

En otra de sus sentencias, el Supremo Intérprete de la Constitución ha señalado que: «La imparcialidad del juez no puede ponerse en duda de ninguna forma, menos aún a través de una actitud negligente por parte del propio juez. En esa perspectiva se ha desarrollado la teoría de las apariencias, que previene que debe comprobarse si la actuación del juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, frente a lo cual se observará qué opiniones pueden revestir importancia».³⁰⁷

5.3. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y/o debido proceso como derechos fundamentales

El artículo 139, numeral 3 de la Constitución consagra que:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[...]

³⁰⁶ STC n.º 0004-2006-AI/TC, fundamento jurídico n.º 20.

³⁰⁷ STC n.º 0006-2009-PI/TC, fundamento jurídico n.º 38. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00006-2009-AI.html>.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminedada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Así, el artículo 139 de nuestra Carta Magna consagra uno los principios y derechos de la función jurisdiccional como líneas o postulados directrices que deben guiar la función estatal en la impartición de justicia, los cuales básicamente se agrupan en dos grandes derechos: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso. Cuyas conjunciones conducen a la obtención de un *proceso justo y debido* presupuesto básico que el Estado constitucional de derecho nos brinda para el logro de una sociedad justa conducente al bienestar general.

Es posición del constituyente el haber distinguido estos dos conceptos o garantías, siendo a que en la doctrina procesal constitucional el *debido proceso* constituye un desarrollo propio de la doctrina y cultura jurídica anglosajona, en tanto a que el *derecho a la tutela jurisdiccional* es propio del derecho europeo continental.

Constituye tarea ardua que escapa de los fines propios de la presente obra el efectuar la distinción dogmática de ambas categorías (*tutela jurisdiccional* y/o *debido proceso*), mas no compartimos la posición del constituyente —la cual no encuentra base histórica ni doctrinaria suficiente— el reconocer ambos conceptos como si fueran diferentes o complementarios, cuando en puridad tanto el *derecho a la tutela jurisdiccional* como el *debido proceso* obedecen a un mismo propósito (la constitución de derechos o garantías de cualquier forma de impartición de justicia), pero que surgen del desarrollo cultural y doctrinario de dos sistemas jurídicos distintos: el europeo-continental y el anglosajón, respectivamente. Con dos enfoques distintos pero que apuntan al mismo fin antes referido. El *derecho a la tutela jurisdiccional* está más referido al derecho-deber de los sujetos procesales: las partes (derecho) y el juez

(deber); en tanto a que el *debido proceso* está más referido al instrumento del que se valen los sujetos procesales para lograr la impartición de justicia; esto es: el proceso o procedimiento, los cuales deben estar premunidos de una serie de garantías mínimas a fin de que el mismo sea justo y equitativo, pues sólo a través de tal instrumento y con dichas garantías mínimas, se puede apuntar a una sociedad mucho más justa.

Sin embargo, ya sea que se parta del reconocimiento del *derecho a la tutela jurisdiccional*, tal tutela se ejerce siempre a través de un proceso, el cual debe ser justo y equitativo; y, ya sea que se considere el *debido proceso*, éste engloba a su vez el derecho a una decisión jurisdiccional justa y efectiva.

Así, no porque en el derecho anglosajón no se reconozca ni desarrolle el concepto de *derecho a la tutela jurisdiccional* la impartición de justicia en dichos países tenga limitaciones o sea menos injusta, y, viciversa.

Consideramos que ambos conceptos (*derecho a la tutela jurisdiccional* y/o *debido proceso*) resultan ser autosuficientes para el logro de los fines del sistema de impartición de justicia. Sin embargo, la categoría mucho más precisa —posición nuestra— es la del *debido proceso*, en tanto a que *tutela jurisdiccional* parece ser limitativo, siendo a que los derechos que contiene tal derecho (derecho al acceso, derecho a la decisión justa y a la efectividad de la decisión) parecen estar referidos únicamente a la función jurisdiccional, cuando en puridad todos estos derechos resultan ser también exigibles en cualquier mecanismo heterocompositivo de impartición de justicia.

De ahí que la distinción efectuada por el Constituyente entre ambas categorías resulta ser incorrecta y hasta innecesaria. Bastaba el reconocimiento del *derecho a un debido proceso*. Y, de ahí que también el Tribunal Constitucional —no comparitando esta distinción— haya preferido hablar de *derecho a la tutela procesal efectiva*.

Así, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

[...] [l]a tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso [...].

La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial [...].³⁰⁸

[...] Es pertinente recordar que, según doctrina de nuestro ordenamiento constitucional la tutela jurisdiccional es un derecho «continente» que engloba, a su vez, dos derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste [...] comprende el acceso a la justicia y el debido proceso [...].³⁰⁹

Sin perjuicio de toda esta consideración no propia de la presente obra, y siguiendo con el reconocimiento efectuado el constituyente,

³⁰⁸ STC n.° 6712-2005-PHC/TC, fundamento jurídico n.° 13. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>.

³⁰⁹ STC n.° 3938-2007-PA/TC, fundamento jurídico n.° 1. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03938-2007-AA.html>.

prosigamos con el desarrollo sustancial de ambos derechos: *tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso*.

a) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Como de arranque sintetiza Jesús González Pérez —autoridad indiscutible en esta materia—: «El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona que se le "haga justicia"; a que cuanto pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso unas garantías mínimas. Siendo la Justicia uno de los valores fundamentales que todo Ordenamiento jurídico debe perseguir, su realización constituye una misión primordial de la actividad de cualquier Estado [...]».³¹⁰

Según el mismo González Pérez: «El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia».³¹¹

Según Juan Monroy Gálvez, el *derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso* consiste en aquel derecho que tiene toda persona, en tanto es sujetos de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias.³¹²

Horario D. Rosatti expresa que el derecho a la jurisdicción antes del proceso es el derecho a exigir del Estado —monopolizador del servicio

³¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, 3.^a edición, p. 33.

³¹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Ob. cit.*, p. 33.

³¹² MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría general del proceso*. «Biblioteca de Derecho Procesal». Lima: Palestra Editores, 2007, n.º 6, p. 454.

de administración de justicia— el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta.³¹³

Francisco Chamorro Bernal —otro maestro en la materia— en su ya clásico texto (*La tutela Judicial efectiva*) precisa también con bastante didáctica:

El libre acceso a la jurisdicción, es decir, a esa determinación irrevocable del derecho en un caso concreto —monopolio de los órganos judiciales, según el art. 117.3 CE— es la primera consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva y el paso previo y necesario para la protección jurisdiccional. No se puede obtener la prestación jurisdiccional, la resolución que pone fin a la controversia, si por algún motivo no es posible acceder primero a los jueces y tribunales, acceso que, por tanto, es considerado por el TC como el primer escalón en el ejercicio del derecho a la prestación judicial.³¹⁴

Otra vez el maestro González Pérez sintetiza con bastante claridad respecto del acceso a la jurisdicción en este primer momento que tal derecho, consagrado en el artículo 24 de la Constitución española, reconoce el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, es decir, a órganos que sean propiamente jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, a órganos imparciales e independientes, cuyos titulares gocen de la garantía de la inamovilidad. Supone el derecho de acceso a órganos propiamente judiciales, que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento y que no se obstaculice su acceso.³¹⁵

³¹³ ROSATTI, Horacio D. *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 47.

³¹⁴ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 18.

³¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, 3.ª edición, pp. 61-62.

El Tribunal Constitucional ha sostenido en innumerables oportunidades que el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Constitución de 1993, pero no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso.

Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, su contenido protegido no se agota en garantizar el *derecho al proceso*, entendido como facultad de excitar la actividad la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados. En este sentido, su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional 'efectiva', pues, como lo especifica el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe garantizarse el derecho de acceder a un 'recurso efectivo', lo que supone no sólo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias.³¹⁶

³¹⁶ STC n.º 0010-2001-AI/TC, fundamento jurídico n.º 10. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>.

El *derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso*, en cambio, contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participen en un proceso judicial. Durante el proceso, los justiciables tienen en virtud del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional el derecho a: a) obtener una resolución judicial de fondo «cuando en el proceso se hayan cumplimentado todos y cada uno de los presupuestos y requisitos condicionantes de la validez del mismo»;³¹⁷ b) obtener una resolución judicial motivada y fundada en derecho, «es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión» y que «dicha motivación ha de estar fundada en derecho, cargo que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no fruto de la arbitrariedad, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente como si fuese arbitraria, manifiestamente irrazonada en Derecho (SSTC 74/2007, de 16 de abril, 132/2007, de 4 de junio, 177/2007, de 23 de julio, 222/2007, de 8 de octubre...)»;³¹⁸ y, c) obtener una resolución judicial congruente, es decir, «que las resoluciones judiciales otorguen respuesta, efectivamente, a todas las pretensiones litigiosas que las partes hayan sometido en tiempo y forma a la cognición de los tribunales de justicia. De no ser así, de admitirse la posibilidad de que los juzgadores pudiesen desvincularse de las peticiones concretas formuladas por las partes en el proceso y resolver a su antojo lo que personalmente estimaran oportuno, el proceso, en realidad, no serviría para nada, ni sería capaz de erigirse en el instrumento normativo donde los miembros de la comunidad social pueden lograr la pacífica resolución de sus conflictos y controversias jurídicas».³¹⁹

³¹⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, p. 161.

³¹⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Ob. cit.*, p. 163.

³¹⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Ob.cit.*, p. 174.

En suma, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en el derecho que tiene toda persona (o más estrictamente todo sujeto de derecho) para acceder al órgano jurisdiccional a través de la vía procesal pertinente, por lo que su principal manifestación es el derecho de acceso a la justicia (derecho de acción). El derecho de acción es previo al proceso, abstracto y público pues su destinatario es el Estado que activa la maquinaria jurisdiccional. Pero una vez aperturado el proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva exige que el Estado, a través de todos los actos jurisdiccionales que despliegue en el proceso y en atención a pedidos, solicitudes, pretensiones, contradicciones u oposiciones, etc. y en general en relación a los actos de parte (resoluciones, decretos, autos, sentencias, etc.), deba pronunciarse conforme a derecho, que equivale a justicia (dando a cada quien lo que por derecho le corresponde, *suum cuique tribuere*, a decir del jurisconsulto romano Ulpiano). Lo cual quiere decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no sólo se satisface con la sentencia justa y equitativa, sino que este derecho exige que el juez u órgano jurisdiccional (u órgano decisor, en estricto) se pronuncie conforme a derecho en todo acto procesal o procedimiento en la que le corresponda (y por ende deba) pronunciarse.

Sin embargo, cabe con precisión también aclarar que el derecho de acceso a la justicia no garantiza en modo alguno un derecho a obtener una sentencia favorable, ni siquiera una sentencia en cuanto al fondo, sino básicamente un pronunciamiento conforme a derecho procesal y a derecho material. Y, si ello importa un pronunciamiento sobre el fondo del asunto litigioso, el derecho a la tutela jurisdiccional garantiza a su vez el derecho a la ejecución, de ser el caso, del derecho declarado en el caso concreto a través de la sentencia fondal estimativa.

Tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional español:

El derecho a la tutela efectiva no comprende —obviamente— el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en

Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello.³²⁰

Finalmente, el derecho a la tutela jurisdiccional comprende a su vez el derecho a la efectividad de las sentencias. Como afirma González Pérez:

La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga el pedido. La efectución del mandato puede tener lugar porque la persona obligada lo cumpla voluntariamente, sin oponerse a la decisión judicial. Pero si el obligado se resiste de cualquier manera a realizar lo mandado, el estado —que prohíbe la autodefensa— debe emplear los medios necesarios para superar la resistencia, llegando al empleo de la fuerza pública para lograrlo [...]. Si el obligado no cumple lo mandado por la sentencia, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la facultad de dirigirse a un órgano jurisdiccional para que adopte cuantas medidas y providencias fuesen necesarias para que se realice lo dispuesto en el fallo [...].³²¹

Joan Picó i Junoy —citando algunas sentencias del Tribunal Constitucional español— sintetiza que:

El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos exige también que el fallo judicial se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho reconocido en el proceso se hace real y efectivo, y se garantiza el pleno

³²⁰ STC español del 31 de marzo de 1981. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, 3.ª edición, p. 34.

³²¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Ob. cit.*, pp. 337 y 345.

respeto a la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente. De lo contrario, las resoluciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones., relegándose la efectividad de la tutela judicial a la voluntad caprichosa de la parte condenada. Por ello, ante la falta de cumplimiento voluntario de un determinado fallo judicial procede su imposición forzosa a la parte vencida. La ejecución ha de llevarse a cabo en los propios términos de la resolución de acuerdo con el fallo, que es el que contiene el mandato de la Sentencia, sin posibilidad de modificarlo. En consecuencia, si un Tribunal se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la Sentencia que debe ejecutarse, o introduce una cuestión nueva no contenida en dicho fallo, está vulnerando el art. 24.1 C.E.; y, por tanto, es nula la resolución en que se opera la modificación.³²²

Y también, el Tribunal Constitucional nuestro ha manifestado al respecto de esta manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional que:

El derecho a la ejecución de resoluciones judiciales es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en nuestra Constitución (artículo 139, inciso 3).

Si bien nuestra Carta Fundamental no se refiere en términos de significado a la «efectividad» de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. En este sentido, el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución. Esta obligación constitucional se desprende además de los convenios internacionales de los que el Perú es parte. En efecto, este Tribunal recuerda que el numeral 1) del artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales re-

³²² PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Editor, 2012, 2.ª edición, p. 93.

conocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vía expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. Derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc.).

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.³²³

b) El derecho al debido proceso

Este encuentra su origen histórico en la Carta Magna inglesa de 1215, expedida en Inglaterra por el rey Juan sin Tierra para reconocer una serie de derechos feudales demandados por los barones. El artículo 39 de dicho cuerpo normativo señala textualmente lo siguiente: «Ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra».

En ese sentido, quedan consagradas las garantías del juez competente y la ley preexistente. La Carta Magna, redactada inicialmente en latín, es traducida al inglés por el rey Eduardo III recién en 1354, empleándose el término *due process of law* (debido proceso legal) en lugar de *per legem terrae* (ley de la tierra). Posteriormente, la cláusula del *due*

³²³ STC n.º 4119-2005-AA/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 64-65. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04119-2005-AA.html>.

process of law aparece consagrada también en Inglaterra en The Petition of Right de 1627 y el Hábeas Corpus Act de 1640. Posteriormente, en 1789 Madison introdujo la quinta enmienda a la Constitución federal norteamericana de 1787 por la cual ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad sin el *due process of law*³²⁴.

El Tribunal Constitucional por su parte —y como y se señaló— ha desarrollado una doctrina sin precedente en nuestra jurisdicción constitucional, englobando los derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso en una sola categoría: la *tutela procesal efectiva*.

Como observa Gerardo Eto Cruz: aparentemente se trataría de un concepto laxo o genérico, pero que ciertamente tiene su encaje constitucional en el artículo 139.3, aún cuando dicha cláusula haga una diferenciación al debido proceso y la tutela judicial. En tal situación, el Tribunal Constitucional ha conceptualizado esta categoría señalando, independientemente de lo que establece el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.³²⁵

³²⁴ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Función jurisdiccional*. Programa de Formación de Aspirantes. Lima, 2000. Ver versión electrónica en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/funcion_jurisdiccional.pdf.

³²⁵ «Artículo 4.- Amparo contra resoluciones judiciales.-

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...). Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

Para el Tribunal Constitucional:

[...] [l]a tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso [...].

La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial [...].³²⁶

[...] Es pertinente recordar que, según doctrina de nuestro ordenamiento constitucional la tutela jurisdiccional es un derecho ‘continente’ que engloba, a su vez, dos derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste [...] comprende el acceso a la justicia y el debido proceso [...].³²⁷

En cuanto a los derechos que conforman el derecho a la tutela jurisdiccional o procesal efectiva, tales derechos se encuentran previstos en el

³²⁶ STC n.° 6712-2005-PHC/TC, fundamento jurídico n.° 13. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>.

³²⁷ STC n.° 3938-2007-PA/TC, fundamento jurídico n.° 1. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03938-2007-AA.html>.

Código Procesal Constitucional de modo enunciativo y no taxativo. Así lo ha establecido también el Tribunal Constitucional al establecer que:

[...][L]a enunciación de una lista de derechos que el legislador ha establecido como atributos de la tutela procesal efectiva, para efectos de controlar la actuación de los jueces o incluso de los fiscales en el ámbito de sus respectivas competencias relacionadas con los procesos judiciales, no agota las posibilidades fácticas para el ejercicio de dicho control, ni tampoco quiere significar una lista cerrada de derechos vinculados a la cláusula general de la tutela procesal efectiva. Esto se desprende además de la propia lectura del artículo 4 del Código Procesal Constitucional que al referirse a la tutela procesal efectiva lo define como «aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos [...]». Una lista enunciativa supone una referencia sobre los alcances de tal derecho, más no debe interpretarse como una lista cerrada de posibles infracciones, puesto que no se trata de un código de prohibiciones sino de posibilidades interpretativas para su mejor aplicación. Resulta por tanto razonable pensar que con la enunciación no se está estableciendo la imposibilidad de que otros bienes constitucionales, y no sólo la tutela procesal, puedan también resultar afectados mediante la actuación del poder jurisdiccional del Estado.³²⁸

Tal como observa el ex magistrado del Tribunal Constitucional Gerardo Eto Cruz: «Igualmente el Tribunal Constitucional aparte de la conceptualización arriba anotada de la llamada *tutela procesal efectiva*, ha diseñado intermitentes reflexiones jurisdiccionales de uno de los núcleos duros y rectores que conforman los derechos fundamentales de las partes en conflicto: el debido proceso». Así ha sostenido este colegiado que:

[...] el derecho al debido proceso [...] significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios

³²⁸ STC n.º 1209-2006-PA/TC, fundamento jurídico n.º 26. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.html>.

y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos fundamentales.

El derecho fundamental al debido proceso, tal como ha sido señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es un derecho —por así decirlo— continente puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que [...] su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos (STC n.º 07289-2005-AA/TC, fundamento jurídico n.º 5).

Al respecto, es importante precisar que, sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustancial, de modo tal que el juez constitucional está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que este colegiado haya señalado, en anteriores pronunciamientos, que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva «se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer». (STC n.º 9727-2005-HC/TC, fundamento jurídico n.º 7).³²⁹

[...][E]l debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos

³²⁹ STC n.º 09518-2005-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 2. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09518-2005-HC.html>.

estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo [...] o jurisdiccional, debe respetarse el debido proceso legal.³³⁰

[l]a exigencia de su efectivo respecto [del debido proceso] no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria realizada por el órgano jurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no sólo es un derecho procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional.³³¹

El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que está previsto en la Constitución Política de 1993 (artículo 139, inciso3) [...] Una interpretación literal de esta disposición constitucional podría llevar a firmar que el debido proceso se circunscribe estrictamente a los procesos de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, una interpretación en ese sentido no es correcta. El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que ha de ser observado en todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza. Ello es así en la medida en que el principio de interdicción de la arbitrariedad es un principio inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora.

De ahí que sea una verdad de Perogrullo decir el debido proceso se aplica también a las relaciones inter privato, pues, que las asociaciones sean personas jurídicas de derecho privado, no quiere decir que no estén sujetas a los principios, valores y dispo-

³³⁰ STC n.º 0090-2004-PA/TC, fundamento jurídico n.º 24. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>.

³³¹ STC n.º 7723-2006-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 3. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07723-2006-HC.pdf>.

siciones constitucionales; por el contrario, como cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlas, más aún cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora.

En tal sentido, las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto del derecho fundamental al debido proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que hubiesen establecido, a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen (Exp. N° 1461-2004-AA/TC)³³².

Respecto al contenido del derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

[..][E]l derecho al debido proceso no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden, dentro del cual se encuentra el de acceso a los medios impugnatorios [...].³³³

Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, que el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la óptica estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada

³³² STC n.° 4241-2004-AA/TC, fundamento jurídico n.° 6. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04241-2004-AA.html>.

³³³ STC n.° 5194-2005-PA/TC, fundamento jurídico n.° 2. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05194-2005-AA.html>.

ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no sólo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no sólo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (un juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas.³³⁴

Sobre las dimensiones del debido proceso: *debido proceso formal y debido proceso sustantivo*, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

Una de las problemáticas que se suscitan en los terrenos de la teoría general de los derechos fundamentales en las dimensiones que comprende el debido proceso; situación ésta en la que el Tribunal Constitucional ha asumido en parte el pensamiento continental europeo sobre esta temática; aún cuando reconoce que este desarrollo es atributo *prima facie* del desarrollo anglosajón en su versión de *due process of law*. Así:

El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; por la primera, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; por la segunda, se rela-

³³⁴ STC n.º 10034-2005-PA/TC, fundamento jurídico n.º 8. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10034-2005-AA.html>.

ciona con los estándares de justicia, como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.³³⁵

[...] [L]a dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes. Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que este extremo suscribimos, «el derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las actuaciones procesales sino de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellos».

Por nuestra parte, hemos expresado que a partir del debido proceso también es posible un control que no es sólo procesal o formal, sino también material o sustancial, respecto de la actuación jurisdiccional vinculado esta vez con la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones que emite en el marco de sus potestades y competencias. En este sentido hemos establecido, «el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce [...] en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y eficacia».

El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del Derecho Procesal

³³⁵ STC n.º 09518-2005-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 3. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09518-2005-HC.html>.

Constitucional). No se trata desde luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún monto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo «debido» no sólo está referido al cómo se ha de actuar sino también a qué contenidos son admitidos como válidos. Tal como refiere Bernal Pulido, el Estado Constitucional bien puede ser definido en su dimensión objetiva como un «conjunto de procesos debidos» que vinculan la actuación de los poderes públicos a los principios, valores y reglas del Estado Constitucional.

De este modo, también a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales.³³⁶

Respecto a esta dimensión del debido proceso, el profesor Reynaldo Bustamante Alarcón —a caso el que mejor ha estudiado el debido proceso a lo que él lo identifica como *proceso justo*— concluye que:

[C]onsideramos que la exigencia de que las decisiones que se emitan en un proceso o procedimiento sean objetiva y materialmente injustas tiene dos consecuencias que se encuentran entrelazadas entre sí: en primer lugar, la prohibición de que tales decisiones sean absurdas y arbitrarias (aspecto objetivo); y, en segundo lugar, la exigencia de que su contenido sea justo (aspecto material de la decisión). Con esto no queremos decir que una decisión puede ser formalmente justa aunque materialmente no lo sea, pues lo injusto es injusto sin importar que la injusticia de la decisión recaiga en sus aspectos formales o materiales, sino que no basta con que respondan a un razonamiento correcto

³³⁶ STC n.º 01209-2006-PA/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 28 a 31. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.html>.

están libres de ser una simple consecuencia de la mera voluntad del juzgador, pues su contenido debe ser también justo.³³⁷

Sobre el desarrollo jurisprudencial de algunos de los derechos fundamentales más importantes que contiene el debido proceso, el Tribunal Constitucional ha establecido:

a) Sobre el derecho de defensa

[...] el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.³³⁸

Como afirma Alex Carocca Pérez:

[L]a indefensión, como «efecto de la violación del derecho de defensa procesal, es el resultado producido por la indebida restricción o impedimento a las partes de participar efectivamente y en pie de igualdad, en cualquier juicio en que se ventilen cuestiones que les afecten». Es decir, se producirá cada vez que se impida a los litigantes en el curso de un proceso ya iniciado, disponer de efectivas posibilidades de realizar los actos de postulación, persuasión y prueba, en pie de igualdad, destinados a formar el convencimiento del juzgador.³³⁹

³³⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores, 2001, p. 304.

³³⁸ STC n.º 5085-2006-AA/TC, fundamento jurídico n.º 5. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05085-2006-AA.html>.

³³⁹ CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José María Bosch, 1998, p. 360.

b) Sobre el derecho a la prueba

Este Tribunal Constitucional ha señalado (*vid.* STC n.º 010-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la concreción de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos.

El derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

Atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales, en general, y el derecho a la prueba en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia [...].³⁴⁰ [...] Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho de ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados

³⁴⁰ STC n.º 1014-2007-PHC/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 10-11. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html>.

de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado.³⁴¹

c) Sobre el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales

Uno de los contenidos del derecho al debido proceso, es el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que los procesos judiciales sean motivados en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero, también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez [...] corresponde resolver.³⁴²

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial, constituye automáti-

³⁴¹ STC n.º 6712-2005/PHC/TC, fundamento jurídico n.º 15. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>.

³⁴² STC n.º 4989-2006-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 11. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04989-2006-HC.html>.

camente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.³⁴³

La motivación de una resolución «significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la *ratio decidendi* por la que se llega a tal o cual conclusión. Pero, una resolución [...] en que no se precian los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del porqué se ha resuelto de tal o cual manera, no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva. La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que se exponga de manera clara, lógica y jurídica de los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.³⁴⁴

Sin embargo, debe tenerse en consideración que el derecho a la motivación «no se agota en la mera enumeración de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma en que éstos han sido introducidos en el proceso, a efectos de crear convicción en determinado sentido en el juzgador. De este modo, el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho no garantiza, [...] que la valoración de los medios de prueba realizados por el juez coincida con el realizado por (una de) las partes, pues tal va-

³⁴³ STC n.º 0728-2008-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 7. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>.

³⁴⁴ STC n.º 6712-2005/HC/TC, 17/10/2005, fundamento jurídico n.º 10. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>.

loración está también presidida por la regla de la imparcialidad judicial.³⁴⁵

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, *prima facie*, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve, concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.³⁴⁶

Sobre la vulneración del derecho a la prueba, debe precisarse que: [...] no todo ni cualquier error en el que, eventualmente, incurra una resolución judicial, constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En el expediente n.º 3943-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

- *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es sólo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del pro-

³⁴⁵ STC n.º 4226-2004-AA/TC, 18/02/2005, fundamento jurídico n.º 2. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04226-2004-AA.html>.

³⁴⁶ STC n.º 4348-2005-PA/TC, 21/07/2005, fundamento jurídico n.º 2. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04348-2005-AA.html>.

ceso, o porque sólo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

- *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suelen presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones.
- *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará

relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la «insuficiencia» de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

- *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues, precisamente, el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.
- *Motivaciones cualificadas.* Conforme lo ha destacado este tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia, opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación

de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.³⁴⁷

d) Sobre el derecho a la pluralidad de instancias

El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6 de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso [...] (STC n.º 1243-2008-PHC, fundamento jurídico n.º 2; 5019-2009-PHC, fundamento jurídico n.º 2; 2596-2010-PA, fundamento jurídico n.º 4).

Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que «tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal (*Cfr.* RRTC 3261-2005-PA, fundamento jurídico n.º 3; 5108-2008-PA, fundamento jurídico n.º 5; 5415-2008-PA, fundamento jurídico n.º 6; y STC n.º 0607-2009-PA, fundamento jurídico n.º 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14 de la Constitución.

Ahora bien, inmediatamente este Tribunal ha advertido que el derecho sub exámine, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es uno de configuración legal: «[...] el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un ór-

³⁴⁷ STC n.º 0728-2008-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 7. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>.

gano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior». (Cfr. SSTC n.º 5194-2005-PA, fundamento jurídico n.º 4; 10490-2006-PA, fundamento jurídico n.º 11; 6476-2008-PA, fundamento jurídico n.º 7).

Que el derecho a los medios impugnatorios sea un derecho fundamental de configuración legal, implica que «corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir» (Cfr. SSTC n.º 5194-2005-PA, fundamento jurídico n.º 5; 0962-2007-PA, fundamento jurídico n.º 4; 1243-2008-PCH, fundamento jurídico n.º 3; 5019-2009-PHC, fundamento jurídico n.º 3; 6036-2009-PA, fundamento jurídico n.º 2; 2596-2010-PA, fundamento jurídico n.º 5).

El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y, a su vez —en tanto derecho fundamental de configuración legal—, un contenido delimitable por el legislador democrático, genera, entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que el referido derecho «no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso». (Cfr. SSTC n.º 1243-2008-PHC, fundamento jurídico n.º 3; 5019-2009-PHC, fundamento jurídico n.º 3; 2596-2010-PA, fundamento jurídico n.º 5). Y es que, si así fuese, no sólo resultaría que el legislador carecería de margen de acción en la delimitación del derecho (lo que, en ese caso, sería contrario al principio democrático —artículos 43 y 93 de la Constitución—), sino que, además, incluso en aquellos ámbitos ajenos al contenido esencial del derecho, éste resultaría oponible, exista o no previsión legal del recurso impugnatorio, lo cual resultaría violatorio del derecho fundamental en virtud del cual “[n]inguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los procedimientos establecidos» (artículo 139, inciso 3 de la Constitución).³⁴⁸

³⁴⁸ STC n.º 4235-2010-PHC/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 8-25. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/04235-2010-HC.html>.

6. EL ARBITRAJE FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE UNIDAD Y EXCLUSIVIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO

En virtud de la autonomía del arbitraje y la no injerencia de los órganos jurisdiccionales, ¿cómo quedan los principios de exclusividad y unidad de la función jurisdiccional? ¿Existe una unidad de la justicia también en el arbitraje? ¿Existe unidad de la justicia dentro del Estado, la Constitución y la sociedad? ¿Cómo opera, entonces, el control jurisdiccional sobre el arbitraje?

Cuando el artículo 139 de la Constitución establece como principio la «exclusividad de la función jurisdiccional» (que constituye en puridad un principio exclusivo de la función jurisdiccional) ciertamente significa ello que «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente» ni paralelo de la que ejercen y les corresponden a los órganos jurisdiccionales establecidos por la Constitución.

Los órganos jurisdiccionales son los que representan al pueblo en la potestad de impartición de justicia a través de sus órganos competentes, ninguna otra persona o institución puede atribuirse dicha potestad pública de impartir justicia. Hacerlo constituye delito.³⁴⁹ Dicha potestad exclusiva y excluyente es ejercitada a través de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial (quienes ejercen justicia ordinaria) y también a través de órganos jurisdiccionales especiales como el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la Justicia Militar.

Sin embargo, este principio excluye sencillamente a conflictos que versen sobre derechos disponibles, respecto de los cuales —dado el interés enteramente privado de las partes— pueden las partes pactar en

³⁴⁹ Código Penal:

«Artículo 417.— El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas».

recurrir a la justicia arbitral y con ello renunciar a la justicia estatal, en caso de conflictos suscitados o por suscitarse.

Esta opción resulta constitucional (artículo 139: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral») y obedece al derecho humano de la libertad de la persona humana en su consideración como ser libre y con dignidad, y que como tal, no está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido a hacer lo que ella no prohíbe (artículo 2, inciso 24, literal a de la Constitución).

Así, si bien las personas tienen el derecho de acceso a la justicia pública para la solución de conflictos jurídicos de cualquier naturaleza; mas, tratándose de conflictos disponibles, las partes tienen el derecho de optar por la justicia que brinda el arbitraje; y, por tanto, al ejercer tal opción (convenio arbitral), renuncian a la justicia pública, de modo que el principio de exclusividad de la función jurisdiccional, no opera sobre la justicia arbitral.

Ahora bien, el «principio de unidad de función jurisdiccional» también constituye un principio propio de la función jurisdiccional y, en puridad, importa la unidad de «jurisdicciones», refiriéndonos con ello y en esencia a la unificación de criterios de justicia entre los propios órganos jurisdiccionales ordinarios (Poder Judicial) y los órganos jurisdiccionales especiales (Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Justicia Militar y las Comunidades Campesinas y Nativas).

Dentro del mecanismo de la justicia pública brindada por el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, el principio de unidad de jurisdicción importa la unidad de la justicia pública; es decir, la unidad de los criterios que los diversos órganos jurisdiccionales puedan tener en el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, en la solución de la *litis*, en la aplicación e interpretación del derecho.

La unidad de la función jurisdiccional o unidad de la justicia pública es justificada por el hecho de que existen diversos órganos con funciones jurisdiccionales y que éstos gocen de autonomía funcional, por lo que este principio constitucional garantiza la dación de una respuesta única y congruente de justicia que el ciudadano espera del Estado.

Si por el principio de exclusividad de la función jurisdiccional, el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, se atribuye la potestad exclusiva y excluyente de resolver las *litis* y el deber de los ciudadanos de recurrir, frente a ello, al Estado y no a otros mecanismos; pues bien, el principio de unidad de la función jurisdiccional importa el ejercicio responsable del Estado en el cumplimiento de dicha función que monopoliza, unificando criterios en la respuesta de justicia que los ciudadanos esperan.

En otras palabras, el principio de unidad de la función jurisdiccional garantiza un nivel de concordancia y corrección funcional que debe existir en el ejercicio de la función jurisdiccional a cargo de los órganos que imparte justicia a nombre del Estado y la nación.

Así, tal corrección funcional se da en la justicia ordinaria con la institución de los medios impugnatorios (apelación, reposición) y, particularmente, con el recurso de casación (siendo, precisamente, uno de los objetivos, la unificación de los criterios jurisprudenciales según el artículo 384 del Código Procesal Civil).

También, con la intervención que el Tribunal Constitucional efectúa como última instancia en materia de tutela de derechos fundamentales y control de constitucionalidad sobre las funciones que, respecto a ello, ejerzan las demás instituciones (no jurisdiccionales) del Estado y hasta del propio Poder Judicial y demás órganos jurisdiccionales (control sobre las resoluciones jurisdiccionales).

Asimismo, el Poder Judicial ejerce control sobre la justicia militar a través de la casación, en caso de imposición de pena muerte (artículos 141 y 173 de la Constitución).³⁵⁰

Las decisiones jurisdiccionales del Jurado Nacional de Elecciones también son posibles de ser revisadas por el Tribunal Constitucional cuando afecten el debido proceso y bajo determinados criterios establecidos por el supremo intérprete de la Constitución.

En este mismo criterio, el Tribunal Constitucional ha sentado que:

Es necesario precisar que, conforme al artículo 139, inciso 1 de la Constitución, el principio de la unidad de la función jurisdiccional, implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues, tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución.³⁵¹

En suma, el principio de unidad de la función jurisdiccional, garantiza no sólo la unidad de las jurisdicciones, sino, sobre todo, la unidad de la justicia pública. Por ello, a la justicia pública le es aplicable aquel dicho popular que suele oírse en los estrados judiciales: *la justicia tarda*,

³⁵⁰ «Artículo 141.- Casación.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173».

³⁵¹ STC n.º 0004-2006-PI/TC, 29/3/2006, fundamentos jurídicos n.ºs 8 y 10. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>.

pero llega. La unidad de la función jurisdiccional a través del sistema recursivo y la jerarquización de los órganos jurisdiccionales garantizan que, tarde o temprano, la justicia llegue.

Ahora bien, esta unidad de la justicia no existe en el arbitraje. No existe en la justicia arbitral un sistema organizativo de los órganos arbitrales ni de las instituciones arbitrales.

Todo árbitro y tribunal arbitral goza de total independencia en el ejercicio de la función arbitral, y ésta se rige por el *principio de autonomía*, tanto en la instalación del tribunal arbitral, en la determinación de su competencia (en caso de cuestionamiento), en el desarrollo y dirección del procedimiento, en la solución de la *litis* a través del laudo arbitral y en la ejecución del laudo, de ser el caso. La autonomía del arbitraje es una cuestión que no puede discutirse. Es condición necesaria e imprescindible para la existencia y operatividad de la justicia arbitral.

Este trascendental principio se encuentra plasmado en forma clara y contundente, en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, en los siguientes términos:

Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este decreto legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este decreto legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida

a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Fernando Cantuarias Salaverry y Roque J. Caivano, comentando esta disposición legal, afirman que:

[E]l contundente artículo 3 postula la autonomía del arbitraje en términos inequívocos al establecerla no sólo como un principio, sino como un derecho de la función arbitral. Allí se señala que en los asuntos que se rijan por ella “no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga (numeral 1), así como que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones (numeral 2) y plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo (numeral 3). Reforzando estos principios, el mismo artículo concluye asegurando que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior, mediante el recurso de anulación de laudo contemplado en este decreto legislativo y que cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.³⁵²

Asimismo, desde otra perspectiva, el tribunal consideró:

[E]ste Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible [...], con independencia jurisdiccional; y, por tanto, sin inter-

³⁵² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: Un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima.: Magna, 2008, n.º 7, p. 46.

vención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.³⁵³

La autonomía del arbitraje conlleva, a su vez, la independencia del árbitro (o tribunal arbitral). El artículo 3 de la Ley de Arbitraje lo asume como una garantía de la justicia arbitral al disponer que:

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones [...]
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este decreto legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

La autonomía de la justicia arbitral, la independencia del árbitro y el respeto de dichas garantías por parte de los órganos jurisdiccionales a través de la no injerencia en la función arbitral importa comprobar que no existe en el arbitraje un mecanismo que unifique los criterios de justicia a las que arriba el árbitro o tribunal arbitral en la solución de la *litis* disponible.

La solución de la *litis* disponible, ya sea a través del derecho (arbitraje de derecho o *de iure*) o a través de su leal saber (arbitraje de conciencia o de equidad) es potestad exclusiva y excluyente de los árbitros derivados de la autonomía de la voluntad de las partes; ergo, en el cumplimiento de dicha función pueden existir diversidad de criterios tanto en la apli-

³⁵³ STC n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 14. Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

cación e interpretación del derecho y también —ni que decir— en los criterios de justicia derivados del «leal» saber de los árbitros.

Al no existir una organización jerárquica de los árbitros ni un sistema recursivo capaz de revisar el fondo del asunto litigioso materia de arbitraje,³⁵⁴ la decisión sobre tal fondo del criterio de aplicación e interpretación del derecho es siempre potestad exclusiva del árbitro o tribunal arbitral.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que:

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.³⁵⁵

Y como afirman al respecto Lourdes Flores Nano y Raffo Velásquez Meléndez:

Eso implica que los órganos judiciales sólo deben advertir el vicio; su corrección corresponderá a los órganos arbitrales. Con ello, se ratifica la exclusiva competencia de estos últimos para

³⁵⁴ Cosa que, sin embargo, nosotros no la cuestionamos, pues la autonomía del arbitraje importa el respeto de la decisión final del árbitro en el laudo arbitral, la cual debe ser expedida en instancia única y definitiva, tal como lo establece el artículo 59 de la Ley de Arbitraje, la cual dispone que: «Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada [...]».

³⁵⁵ STC n.º 0142-2011-PA/TC, fundamento jurídico n.º 21 *in fine*.

Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>.

resolver las controversias y llevar adelante los procesos arbitrales [...].³⁵⁶

Como se podrá apreciar, esta ausencia de «unidad de la justicia arbitral» conlleva a la posibilidad de encontrar diversas respuestas de parte de los árbitros frente a *litis* de similar naturaleza. No hay unificación de criterios arbitrales en la solución de las *litis* sometidas a arbitraje. El Estado, salvo que se trate de precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional —y aun únicamente respecto a derechos fundamentales de carácter procesal (tutela procesal y/o debido proceso)— no puede imponer criterios jurisdiccionales de interpretación y aplicación de derechos.

Esta falta de unidad de criterios en la justicia arbitral constituye —más que una deficiencia o desventaja— una particularidad del arbitraje. Mas el arbitraje lo que proporciona son ventajas y bondades, básicamente, consistentes en la celeridad al impartir justicia.

Corresponde, sobre todo, a las partes, la designación del árbitro o la composición del tribunal arbitral con base en profesionales o personas con condiciones especiales (leal saber, conocimientos técnicos, honestidad, etc.) que la *litis* amerite para una solución justa y debida.

Y si el árbitro —respetando los derechos y principios mínimos de toda forma de impartición de justicia, así como el convenio arbitral y las leyes imperativas de orden público— resuelve la *litis* contrario a la justicia pública, no puede ser válidamente impugnado el laudo arbitral frente a ello.

Frente al dicho popular de que «la justicia (pública) tarda, pero llega», se podría decir que el arbitraje opone y ofrece este otro dicho sobre

³⁵⁶ FLORES NANO, Lourdes y Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ. En: «El amparo de terceros contra el arbitraje. Corrección de algunos males usos del arbitraje». Lima: Gaceta Constitucional, noviembre 2013, tomo 71, p. 253.

que «la justicia que tarda, no es justicia», pero la justicia que brinda el arbitraje no se encuentra garantizada con la existencia de un sistema recursivo en el procedimiento arbitral y menos con una organización jerárquica de árbitros.

En puridad, la efectividad de la tutela arbitral se encuentra garantizada con el propio ejercicio de la autonomía de la voluntad y las libertades de contratar y contractuales de las partes contendientes en la designación del árbitro, la composición del tribunal arbitral y en la selección del mecanismo arbitral, sea institucional o *ad-hoc*, así como en la efectividad y prestigio —salvo excepciones— que, en general, viene ofreciendo en la sociedad.

En lo demás, si después de todo ello el mecanismo de la justicia arbitral falla, constituye ya deficiencias de la propia justicia arbitral que el Estado las tolera (o no interviene), por cuanto las materias sobre las que resuelve este mecanismo de justicia privada están referidas a derechos disponibles. Así como las partes son libres de disponer de sus derechos que tengan tal naturaleza (en virtud a ello sus titulares pueden transferir, donar, transigir, etc.), también —se entiende— que pueden válida y legítimamente someter la determinación y declaración de sus derechos a un árbitro (o tribunal arbitral) y admitir lo que éstos decidan para bien o para mal en relación a sus intereses; y el Estado no puede intervenir sobre tal disposición de derechos e intereses propios de las partes.

Pretender que el Estado se inmiscuya en esta potestad otorgada por las partes y pretenda «enmendar» error de interpretación o aplicación del derecho por los árbitros, importaría violar el derecho a la libertad y la autonomía de la voluntad de las personas, base fundamental en un Estado democrático y social de derecho.

Ahora bien, debe también precisarse que, sin embargo, frente a la autonomía de la función arbitral, y más aún frente a la ausencia de la unidad de la justicia arbitral, el Estado (en lo relativo a la impartición de

justicia) no se muestra incólume, sino que establece una intervención contralora sobre el arbitraje, si bien respetando la facultad-potestad exclusiva y excluyente que el tribunal arbitral tiene para resolver el asunto de fondo de la cuestión litigiosa, pero sí estableciendo en la ley, causales de intervención, las mismas que pasan, sobre todo, por el respeto del propio convenio arbitral, los elementos esenciales del arbitraje (materia arbitrable, derechos disponibles, plazo para arbitrar, respeto del procedimiento arbitral), así como en el respeto de las garantías procesales mínimas establecidas en la Constitución (como norma fundamental de la sociedad que es) y que permitan arribar a la justicia (aunque sea privada) mediante un proceso o procedimiento justo y equitativo (debido proceso o tutela procesal justa y debida), estando constituidas tales garantías por un conjunto de principios y derechos como el de defensa, derecho de prueba, derecho a la motivación de las decisiones arbitrales, derecho de efectividad de las resoluciones, etc.

El artículo 139, numeral 3 de la Constitución consagra que:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación [...]
5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan [...]
14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso [...]. (Entre otros derechos).

Así, el artículo 139 de nuestra Carta Magna consagra una gama de derechos y principios de la función jurisdiccional, como líneas o postulados directrices que deben guiar la función estatal en la im-

partición de justicia, los cuales básicamente se agrupan en dos grandes derechos: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, cuyas conjunciones conducen a la obtención de un «proceso justo y debido», presupuesto básico que el Estado constitucional de derecho nos brinda para el logro de una sociedad justa conducente al bienestar general.

En suma, si bien en virtud del principio de autonomía de la justicia arbitral, derivado de la autonomía de la voluntad en la disposición de los derechos de las partes respecto a situaciones jurídicas que tengan naturaleza disponible, está prohibida toda injerencia de parte de los órganos jurisdiccionales en la función de los árbitros en la solución de la *litis*, lo cual es potestad exclusiva y excluyente de los árbitros; sin embargo, tal autonomía del arbitraje no excluye, a su vez, la potestad del Estado a través de los órganos jurisdiccionales de intervenir en el arbitraje en garantía de los derechos y principios procesales mínimos (derecho de defensa, derecho de prueba, derecho a la tutela procesal efectiva, derecho a la motivación de las resoluciones, razonabilidad y proporcionalidad) establecidos en la Constitución y que permiten a la persona humana (en tanto ser con dignidad y en tanto su defensa y su respeto son el fin de la sociedad y del Estado), arribar a un proceso justo y equitativo (debido proceso) como el único sendero que conduzca a la obtención de justicia a través del arbitraje. Se podría decir que, en relación con la justicia arbitral, el Estado, si bien no garantiza la impartición de justicia por parte del árbitro o el tribunal arbitral, pero lo que sí garantiza es el respeto que los árbitros deben tener de las mínimas garantías en el procedimiento arbitral (debido proceso arbitral) como único medio racional para arribar (también) a la justicia —así sea privada, pero al fin y al cabo justicia— a que tienen toda persona que opta por este mecanismo alternativo de impartición de justicia.

7. EL NUEVO DISEÑO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA COMO TAREA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Cuando la Constitución hace alusión a que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial (artículo 62), lo que hace es reconocer que tales vías constituyen mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos derivados de una relación jurídica contractual, sin perjuicio de que también existen otros mecanismos como la autocomposición (conciliación, transacción) y la legítima defensa privada los mismos que en modo alguno se encuentran prohibidos en la Constitución ni en la ley.

Sin embargo, de donde directamente fluye la autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales es de su propia naturaleza, esto es, la de ser un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación y contractual concretizados en el «convenio arbitral».

Por otro lado, la Constitución de 1993 reconoce en su artículo 139 al arbitraje, y de una liminar interpretación lógica y gramatical fluye de tal disposición la consideración del arbitraje como jurisdicción. De hecho, buen sector de la doctrina se atreve incluso hablar sin rubor alguno de «jurisdicción arbitral» en distinción de la «jurisdicción estatal».³⁵⁷

³⁵⁷ Esta posición es sostenida entre los que asumen la teoría jurisdiccionalista del arbitraje. Así, el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es, la cosa juzgada. Dicho de otro modo, los árbitros ejercen su función si bien porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley. El arbitraje existe y tiene razón de ser por gozar de jurisdicción (Véase en este sentido a LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. En *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.^a edición, p. 32; y a GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Amparo versus arbitraje*. Lima: ADRUS, 2012, p. 9).

Roque J. Caivano expresa también que: «[h]oy se reconoce que los árbitros y amigables compondores también ejercen jurisdicción, ya que en su desempeño

Y que, como consecuencia de ello, le son, por tanto, atribuibles y aplicables a la función arbitral (o «jurisdicción arbitral») los principios y derechos que corresponden a la función jurisdiccional, entre ellos, la autonomía (o independencia) en el ejercicio de la función jurisdiccional, de modo tal que «ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución [...]» (artículo 139, numeral 3 *in fine* de la Constitución).

Si bien cabe asentar que el reconocimiento y atribución de los principios y derechos de la función jurisdiccional al arbitraje a partir de

se encuentran las características propias de aquélla [...]. (CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 13).

En otra participación, el profesor de la Universidad de Buenos Aires, expresa que: «La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es hoy incuestionable, ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquélla: al fin y al cabo, la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia». (CAIVANO, Roque J. «Retos del arbitraje frente a la administración de justicia». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores; Lima, 2007, vol. 5, pp. 33-34).

También, Bruno Oppetit aboga por la concepción jurisdiccionalista del arbitraje al manifestar que: «El arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual [...] como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlin: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia, privada, por cierto, pero una justicia al fin y al cabo: ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución: desde el instante en que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural (y no solamente en el arbitraje institucional), así sea en forma adaptada a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualesquiera que ésta sea». (OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2006, pp. 57-58).

su consideración como una forma de jurisdicción, ha resultado ser en términos prácticos muy favorable para el respecto de la autonomía del arbitraje y su consiguiente desarrollo —como presagiara agudamente el profesor Aramburú Menchaca, en el Debate de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978 (Sesión del día 9 de febrero de 1979)— el reconocimiento constitucional del arbitraje como jurisdicción, «es algo que robustece el arbitraje».

Pues de hecho así ha ocurrido en el país a partir de la Constitución de 1979, continuando con la vigente Constitución de 1993 y desarrollado eficientemente en la actual Ley de Arbitraje y ratificado más aún por el Tribunal Constitucional en sus sentencias y precedentes vinculantes en los que ha tenido oportunidad de reafirmar y defender la autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, cabe también precisar que pretender reconocer la autonomía al arbitraje a partir de su equiparación con la función jurisdiccional no resulta congruente con la naturaleza *jus*-filosófica del arbitraje. Es un argumento que no se puede aceptar sosegadamente. A nivel jurisprudencial, es el propio Tribunal Constitucional que ha llegado a sostener una teoría jurisdiccionalista del arbitraje, al señalar de modo enfático que:

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen; y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución [...]. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un tribunal arbitral, en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes, expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este tribunal efectúe una lectura *iustu-*

blicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia», referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a abocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.³⁵⁸

Asimismo, en otro pronunciamiento, el tribunal consideró que:

[E]ste tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible [...], con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria».³⁵⁹

³⁵⁸ STC n.º 6167-2005-PHC/TC (fundamentos jurídicos n.ºs 11 y 12), Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

³⁵⁹ STC n.º 6167-2005-PHC/TC (fundamento jurídico n.º 14), Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

Nada más errado. La interpretación de las normas constitucionales no puede efectuarse con extrema sencillez a partir de su mera aprehensión lógico-gramatical y con asentimiento sereno de las categorías que utilice el constituyente (como diseñador de disposiciones normativas), como si fueran indiscutibles cuando, en primer lugar, lo que el intérprete debe efectuar es un análisis de compatibilidad de las categorías, conceptos y/o instituciones con su naturaleza jurídica, pues de no ser así, la interpretación conduciría a la desnaturalización de la institución.

No obstante a que el constituyente ha reconocido la autonomía del arbitraje a partir del reconocimiento de éste como una jurisdicción («jurisdicción arbitral»), sin embargo, ello no puede conllevar la aceptación total de tal disposición. El arbitraje no es jurisdicción.

Ambos, si bien constituyen ontológicamente mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, y si bien ambos tienen como causa-fin a la justicia, sin embargo, uno y otro difieren en sus orígenes y su causa-fuente. El arbitraje es fruto de la libertad y la autonomía de voluntad. Se recurre al arbitraje por cuanto las partes así lo han convenido respecto a un conflicto de carácter disponible, en ejercicio legítimo de su autonomía de la voluntad y de las libertades contractual y de contratación.

El arbitraje es también un mecanismo natural de solución de conflictos por cuanto aparece históricamente como una respuesta natural y hasta instintiva en los orígenes del hombre mismo como ser gregario y tendiente a la conservación del grupo humano, y como respuesta racional frente a los efectos perniciosos de la autodefensa y la falta de eficacia de la autocomposición.

La jurisdicción, que es la potestad pública de impartir justicia a través de los órganos jurisdiccionales, se fundamenta, en cambio, en el poder que el Estado ejerce sobre las personas y la sociedad, es decir, tiene su causa-fuente en el denominado *ius imperium* y la llamada «soberanía popular». La jurisdicción es fruto de la aparición y desarrollo

del Estado. El arbitraje es anterior a la formación del propio Estado, aparece con la evolución del hombre mismo como ser gregario y social, como un mecanismo natural de solución de conflictos. En modo alguno se puede equiparar el arbitraje a la jurisdicción. Ambos tienen causas-fuentes distintas: Estado y *ius imperium* vs. persona (libertad) y autonomía de la voluntad.

El hecho de que el arbitraje, al igual que la jurisdicción, constituya mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos no puede conllevar pretender otorgar «naturaleza» jurisdiccional al arbitraje. Acaso, ¿no se es capaz de reconocer que no toda impartición de justicia se obtiene únicamente a través del Estado y que existe, a su vez, otros mecanismos de solución alternativos a la justicia pública e incluso, históricamente, anterior a ella fundado en la naturaleza libre y racional del hombre?

La justicia que brinda el mecanismo arbitral es una justicia privada que resulta ser alternativo, pero, a su vez, complementario a la justicia pública o estatal que brindan los órganos jurisdiccionales.

Lo que ocurre es que desde la aparición y consolidación del Estado sobre la sociedad y los hombres, este gran Leviatán del que nos hablaba Tomas Hobbes pasó a monopolizar el sistema de administración de justicia y, entonces, desde ese momento ejerce poder (*ius imperium*) sobre los miembros de la sociedad.

Si bien existe la necesidad inevitable de que el Estado asuma control sobre los otros medios alternativos de resolución de conflictos, como el arbitraje, a fin de que dicha justicia privada se encarrile dentro de la justicia diseñada en la Constitución y las normas internacionales de protección de los derechos humanos, mas por ello no puede equipararse el arbitraje a la jurisdicción. Es más, el arbitraje tampoco es plenamente equivalente a la función jurisdiccional.

El árbitro carece de poder de coerción (*coertio*) y del que sí goza el juez. Para el eficaz alcance de la finalidad dikelógica como mecanismo de impartición de justicia, el arbitraje requiere de la colaboración y actividad complementaria de la jurisdicción para la efectividad vía ejecución forzosa de sus mandatos (*laudo*).

Así, nosotros concordamos con aquella posición doctrinal que afirma que el arbitraje no es jurisdicción ni su equivalente. Simple y llanamente, el arbitraje es el arbitraje. Aquel mecanismo hetercompositivo natural de solución de conflictos muy anterior al Estado y a la jurisdicción, consustancial a la evolución del hombre mismo y de la sociedad y que encuentra su fundamento en la naturaleza libre de la persona humana.

Y la autonomía del arbitraje estriba, precisamente, en esta esencia inherente al hombre, que es la de ser un ser racional y, por ende, libre. Y el Estado, como organización racional de la sociedad, no puede desconocer ni mucho menos prohibir la práctica del arbitraje, pues ésta tiene sustento en la naturaleza libre y social del hombre; ni los Estados más totalitarios han tenido la irracionalidad de prohibirla.

En tal sentido, la operatividad y eficiencia del arbitraje en la realidad práctica no puede sino radicar en su autonomía funcional con respecto a los demás mecanismos de solución de conflictos, particularmente, a la función jurisdiccional.

La autonomía del arbitraje es, entonces, consustancial al arbitraje mismo. El arbitraje no podría funcionar y servir a los fines de la persona humana y la sociedad si no goza de autonomía; ergo, corresponde al Estado garantizarla en tanto la defensa de la persona humana y su dignidad es su fin supremo. La autonomía del arbitraje, por tanto, es una cuestión que no puede discutirse. Es condición necesaria e imprescindible para la operatividad misma del arbitraje. El Estado no puede desconocerla, prohibirla ni limitarla en su contenido esencial.

Así, la autonomía de la que goza el arbitraje, no es fruto de su reconcimiento constitucional, ni su «elevación» como jurisdicción («jurisdicción arbitral»), y con ello de la atribución de los principios y derechos de la función jurisdiccional; sino, porque resulta ser condición necesaria e imprescindible para su operatividad eficiente, por lo que en esencia su reconocimiento y defensa puede ser invocada al margen de su reconocimiento positivo en el artículo 139, pues en el supuesto que no existiera esta disposición constitucional en los términos en que se encuentra redactado, la autonomía del arbitraje puede ser, igualmente, invocada y defendida en base a los fundamentos del arbitraje que hallamos positivizados en el artículo 2, inciso 24, literal a) que consagra el derecho a la libertad personal, en virtud del cual: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

Así como el artículo 2, inciso 14, en virtud del cual toda persona tiene derecho a «contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público [...]».

Y el artículo 62 que dispone que: «[...] Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

Así, es el artículo 3 de la Ley de Arbitraje que regula la autonomía del arbitraje.

Sin embargo, cierto es que resulta asaz beneficioso para el fortalecimiento del arbitraje, el reconocimiento de la autonomía del arbitraje, la independencia del árbitro y demás principios inherentes a su funcionalidad. Aunque —y ahora sí—, cabe precisar que el artículo 139 debe ser interpretado conforme a la naturaleza jurídica del arbitraje.

Así, los principios y derechos alusivos a la función jurisdiccional también le son aplicables a la función arbitral no porque el arbitraje sea jurisdicción, sino porque ambos constituyen mecanismos heterocompositivos de impartición de justicia.

En puridad, los principios y derechos recogidos en el artículo 139 no son exclusivos de la función jurisdiccional, son también invocables y exigibles en cualquier mecanismo heterocompositivo público o privado de impartición de justicia; es decir, en cualquier situación en la que sea un tercero quien tenga que definir derechos e intereses de otros sujetos ajenos a los suyos.

Así, todo sujeto de derecho cuyo conflicto de intereses esté sometido a un mecanismo heterocompositivo tiene derecho de exigir la observancia de las garantías de un proceso debido, un proceso justo y equitativo.

Así, tales garantías son exigibles en el proceso arbitral, así como en cualquier procedimiento corporativo-privado, pues en éstos —al igual que la función jurisdiccional— son terceras personas (árbitro, juez u órgano decisor), quienes deciden no sobre sus propios derechos e intereses, sino respecto de personas con derechos e intereses ajenos a los suyos; con lo cual aparece como justo y racional que los sujetos del conflicto gocen de tales garantías y derechos, a fin de obtener una decisión justa y equitativa (debido proceso).

Es por ello que consideramos que, en realidad, el error de catalogar el arbitraje como una jurisdicción parte de la errónea estructuración del sistema de impartición de justicia en la Constitución. No hay una real concepción de la justicia en nuestra Carta Magna. La impartición de justicia no sólo emana del pueblo ni se ejerce sólo por los órganos jurisdiccionales.

El concepto de «soberanía popular» legitima la función jurisdiccional, pero, en modo alguno, al arbitraje; éste encuentra su legitimación y fundamento en otra causa: el poder de autoregulación de la persona humana en su vida de relación jurídico-social.

Es un «poder» que no proviene del «pueblo», sino de los propios individuos protagonistas del conflicto, sustentados en la libertad y la autonomía de la voluntad. La práctica de «poder» es, incluso, anterior al propio Estado y su jurisdicción, hemos dicho hasta la saciedad que antes del poder del Estado, ya era (y, probablemente, sea siempre, en tanto existan conflictos) el arbitraje como mecanismo natural y luego alternativo al que brinda el Estado.

Empero, venga de donde venga el poder de resolver conflictos, es decir, ya sea del pueblo o ya sea de la autonomía de la voluntad, lo claro y concreto es que ambos mecanismos tienen por finalidad alcanzar la «justicia». Ambos mecanismos heterocompositivos (estatal y privado) son formas de impartición de justicia.

En tal sentido podemos advertir que existe un «derecho a la justicia» (propiamente el «derecho a la tutela procesal justa y debida») que corresponde a todo sujeto de derecho y el cual puede ser brindado por el Estado a través de la función jurisdiccional («justicia estatal») o hallada entre los propios particulares en ejercicio de su poder de autorregulación («justicia arbitral»).

Resultan, en este sentido, precisas las palabras de Bruno Oppetit al decir que:

El arbitraje, en cualquiera de sus modalidades, hace parte de la misma búsqueda del ideal de justicia que persiguen las jurisdicciones estatales, como la había presentado H. Motulsky: hoy en día la misma filosofía del debido proceso impregna las finalidades y los principios de organización de toda forma de justicia

pública o privada contribuyendo, así, a instaurar la función de juzgar sobre bases comúnmente aceptadas y respetadas.³⁶⁰

Y que:

[...] La idea contemporánea de justicia ha sido desinstitucionalizada: tendemos a ver en la justicia un bien público más que un servicio público [...]. Por consiguiente, las formas de justicia privada adquieren por ellas mismas una legitimidad independiente de todo reconocimiento estatal. El juez privado, quien no puede apoyarse como el juez público de la inserción en el aparato estatal en cuyo nombre dice el derecho y resuelve los litigios, encuentra en su aptitud a juzgar una legitimidad propia, fundada en el capital simbólico que representa su capacidad de juzgar, su competencia y su neutralidad: la adhesión voluntaria del justiciable se sustituye al efecto de autoridad que sólo conoce la justicia pública [...].³⁶¹

Así, jurisdicción y arbitraje son ambos medios de impartición de justicia y, por ende, están sujetos a la observancia y respeto de los principios y garantías diseñados tanto por la Constitución como por las normas internacionales de protección de los derechos humanos, para una justa, debida y racional impartición de justicia que toda persona y la sociedad merece.

Así, creemos que —en estricto— el artículo 139 de la Constitución debe ser interpretado a partir de la consideración de que los principios y derechos ahí reconocidos no son exclusivos de la función jurisdiccional, sino que corresponden a toda forma de impartición de justicia, entre ellos el arbitraje, y con ello el reconocimiento de la naturaleza particular del arbitraje. Es decir, en todo mecanismo en el cual la función de impartición de justicia sea ejercida por un tercero ajeno al conflicto, y sea en dicha calidad quien decida sobre los derechos de otros, habrá

³⁶⁰ OPPETIT, BRUNO. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2006, p. 265.

³⁶¹ OPPETIT, BRUNO. *Ob. cit.*, pp. 40-41.

la necesidad racional de garantizar la existencia de un proceso justo y equitativo, mediante la exigencia y observancia de derechos y principios mínimos, tales como el derecho de acceso a la justicia, el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a un juez (u órgano resolutor) imparcial, el derecho a la expedición de decisiones motivadas, etc.

Todas estas garantías son perfectamente exigibles también en la justicia arbitral, mas no porque el arbitraje sea equiparado a la «jurisdicción», sino por cuanto todos estos derechos y principios resultan ser exigibles en todo proceso o procedimiento mediante el cual se cumpla la función heterocompositiva de resolver conflictos. Mas no todos los principios y derechos de la función jurisdiccional (plasmados en el artículo 139) resultan, a su vez, aplicables a la función arbitral.

Por ejemplo, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional es propia de ésta, así como el derecho a la tutela jurisdiccional, que es también propia y relevante a la función jurisdiccional.

Es por ello que, en todo caso, consideramos que el artículo 139 de la Constitución debe ser reformado de modo que los principios y derechos contenidos no sean declarados como si fueran parte de la función jurisdiccional, sino de toda forma de impartición de justicia, vía mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos.

Así, proponemos, en todo caso, una nueva redacción del referido texto constitucional en los siguientes términos:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la **impartición de justicia**:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la jurisdicción militar y **de la justicia arbitral** [...].
2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

El Estado reconoce a su vez la autonomía de la justicia arbitral, y por tanto prohíbe la injerencia de cualquier órgano o función del Estado en el ejercicio de la función arbitral.

3. La observancia del **debido proceso** y la **tutela procesal efectiva en todo mecanismo de impartición de justicia**. **En la función jurisdiccional**, ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. [...]. (El resaltado es nuestro).

CAPÍTULO III
JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE:
LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL
ARBITRAJE Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE

1. NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE

La autonomía de la que goza el arbitraje y el respeto de la misma que la jurisdicción debe tener, conforme constituye mandato constitucional (artículos 62 y 139, inciso 1 de la Constitución) (y que, rotundamente, es desarrollada por la Ley de Arbitraje en los artículos 3 y 41), no significa que entre ambos mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos no exista relación ni comunicación alguna, ni menos aún que el Estado se desatienda totalmente del arbitraje.

En otras palabras, como caracteriza a todo derecho constitucional (el arbitraje lo es): ningún derecho constitucional es absoluto, tiene limitaciones delimitadas en la Constitución y en la ley, este último siempre que sea conforme a la primera.

Jurisdicción y arbitraje, por tanto, no constituyen mecanismos de resolución de conflictos que transiten en vías totalmente ajenas; ambos tienen la común de la realización de la justicia, y a esta última no hay una forma racional y razonable mejor que dotando al proceso (jurisdiccional o arbitral) de derechos, principios y valores consagrados en la Constitución que garantizan la existencia de un proceso debido.

Así, debe quedar claro que la relación jurisdicción-arbitraje como mecanismos optativos de impartición de justicia, cuando se tratan de derechos disponibles, queda regido por el «principio de autonomía del

arbitraje» y el «principio de no injerencia de la jurisdicción sobre el arbitraje» en el ámbito de dicha autonomía frente al principio de unidad de la jurisdicción y la delimitación y características del poder de control de la jurisdicción sobre el arbitraje. De este modo, será necesario delimitar correctamente tal relación jurisdicción-arbitraje dentro de los principios antes referidos.

En este sentido, y en principio, el acceso a la justicia arbitral opera únicamente respecto de derechos disponibles. A nuestro entender, aquí está el núcleo de todo el problema. La disponibilidad que tienen los titulares de los derechos en conflicto (o de las situaciones jurídicas en conflicto) permite que éstos puedan, en ejercicio del derecho fundamental a la libertad de contratar y la libertad contractual (expresiones jurídicas de la autonomía de la voluntad), optar por la vía alternativa de la justicia arbitral, en lugar de la justicia pública o estatal.

El carácter disponible del conflicto constituye el presupuesto básico para la excepción de la exclusividad y monopolio de la justicia estatal. La exclusividad de la jurisdicción puede ser excluida por opción o por voluntad de los contendientes (o futuros contendientes) sólo cuando el conflicto de intereses tenga por objeto la dilucidación de derechos disponibles.

De este modo, si las partes en ejercicio de dichas libertades han optado por la justicia arbitral, significa ello que es el tribunal arbitral quien exclusivamente tiene la potestad de resolver sobre el fondo, el asunto sometido a arbitraje. Toda intervención de la jurisdicción sobre este extremo del arbitraje está totalmente prohibida, deviene en inconstitucional.

Como bien señala José Garberí Llobregat:

[...] [e]n modo alguno se inmiscuyen [la jurisdicción] en lo que constituye la esencia misma del arbitraje, esto es, el erigirse en un método de resolución de conflictos que se presenta como alternativa al proceso jurisdiccional en un número de supuestos

litigiosos, en el que los árbitros (como los jueces y magistrados en el proceso) juzgan definitiva e irrevocablemente los conflictos que les sean sometidos por las partes. Dicho de otro modo, en ninguna de las apuntadas intervenciones jurisdiccionales que se proyectan sobre el procedimiento arbitral, los jueces y magistrados sustituyen a los árbitros en los cometidos que le son propios (ni siquiera cuando los primeros han de proceder a la ejecución forzosa del laudo, toda vez que la ejecución de lo juzgado por los segundos, no es una potestad que el ordenamiento confiera a los árbitros).³⁶²

Sin embargo, el hecho de que los órganos jurisdiccionales no tengan potestad para intervenir en la resolución del conflicto del arbitraje no significa que no exista ningún tipo de control de parte de la jurisdicción sobre el arbitraje. ¿Cómo opera, entonces, el control jurisdiccional sobre el arbitraje?

Los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional no resultan, en absoluto, aplicables a la justicia arbitral. Frente a estos principios, la justicia arbitral constituye una excepción reconocida constitucionalmente. Así lo dice la Constitución, al establecer en el artículo 139 que: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

En suma, cualquier forma de intervención jurisdiccional válida sobre el arbitraje debe ser efectuada con observancia del principio rector de la función arbitral: «la autonomía del arbitraje y la no injerencia de los órganos jurisdiccionales».

³⁶² GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 950.

2. FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE

Ya expuesta en forma adelantada de la necesidad de la intervención de la jurisdicción sobre el arbitraje; sin embargo, en general, podemos afirmar que la intervención del Estado en el arbitraje, a través de la función jurisdiccional y los órganos jurisdiccionales competentes, se da, básicamente, bajo tres formas, a saber:

- Intervención subsidiaria o de colaboración, cooperación o auxilio para con el arbitraje.
- Intervención complementaria en pro de la función arbitral.
- Intervención contralora sobre el arbitraje.

Por el principio de autonomía del arbitraje y de la no injerencia del poder jurisdiccional sobre el arbitraje, sino en los casos expresamente previstos en la Constitución y las leyes de desarrollo, éstas son las formas de intervención, únicas y necesarias de la jurisdicción sobre el arbitraje. No existen otras formas de intervención. Cualquier otra modalidad es inconstitucional por afectar a los aludidos principios tuitivos del arbitraje. Pero incluso tales formas de intervención de la jurisdicción sobre el arbitraje se dan bajo determinados parámetros y límites, como veremos un poco más adelante.

2.1. Intervención colaboradora, subsidiaria o asistencial

Esta forma de intervención de la jurisdicción en el arbitraje se da a través de los órganos jurisdiccionales competentes que forman parte del Poder Judicial (y no de otros órganos especiales, entre ellos, el Tribunal Constitucional) y que ejercen la llamada justicia ordinaria.

Resulta necesaria la cooperación, colaboración o auxilio de los órganos jurisdiccionales para con el arbitraje por cuanto los árbitros no pueden realizar por sí mismos determinados actos procesales, básicamente, por carecer los árbitros de poder de coerción sobre las personas y las instituciones, lo cual es necesario para que el arbitraje cumpla su finalidad.

Esta forma de intervención en pro del arbitraje, se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje y se fundamenta en el *principio de colaboración* que debe existir entre los órganos estatales y privados que tiene por propósito común resolver conflictos de intereses, es decir, impartir justicia.

Sobre el referido principio de colaboración, la Ley Orgánica del Poder Judicial de España lo plasma claramente al disponer que:

Los juzgados y tribunales cooperarán y se auxiliarán entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional» (artículo 273) y «se recabará la cooperación judicial cuando debiere practicarse una diligencia fuera de la circunscripción del juzgado o tribunal que la hubiere ordenado o está fuera de la específica competencia de otro juzgado o tribunal (artículo 274).

Disposiciones o directrices como éstas no existen, lamentablemente, en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, este principio de cooperación entre los órganos jurisdiccionales puede aplicarse a la forma de intervención que analizamos en virtud de que tanto la doctrina como la jurisprudencia española han reconocido al arbitraje como un «equivalente» jurisdiccional.

Así lo ha sostenido concretamente el Tribunal Constitucional español al señalar que:

[E]l árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho, actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia, se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su

decisión, que la ley vigente reserva a los tribunales civiles. (ATC n.º 326/1993 de 16 de octubre de 1993).³⁶³

Sin embargo, en nuestra legislación no existe disposición general de tal naturaleza; mas sí de previsiones específicas de intervención de la jurisdicción en el arbitraje bajo las formas de colaboración o auxilio en pro del mismo. Así, por ejemplo, el artículo 45 de la Ley de Arbitraje dispone:

Artículo 45.- Colaboración judicial.

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.
2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.
3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.
4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.

A este respecto, los profesores Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya y otros afirman que:

³⁶³ Sentencia citada por BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, p. 47.

Lo señalado [en el artículo 45] resulta muy importante, en la medida de que el tribunal arbitral no tiene la facultad coercitiva que sí tienen los tribunales ordinarios y tampoco posee la fuerza para obligar a terceros a intervenir. Por ejemplo, si uno desea obtener la declaración de un testigo, el tribunal no tiene poder coercitivo alguno (en los términos del *ius imperium*, que sí poseen los tribunales ordinarios) con respecto a éste [...]. Ahora bien, la experiencia vivida enseña que, por lo general, los tribunales arbitrales y las partes tratan de que la intervención de los tribunales judiciales se dé en la menor medida posible, para que no se afecte la celeridad en el desarrollo de los procesos arbitrales y que, de esta manera, los mismos puedan desarrollarse de manera idónea. Es difícil que un tribunal arbitral se arriesgue a someterse a la lentitud de un procedimiento judicial y a la postergación —por tiempo indefinido— de la actuación de un determinado medio probatorio, o a que el proceso esté condicionado estrictamente a la actuación de ese determinado medio probatorio, vía intervención judicial, salvo —naturalmente— que ese medio probatorio sea fundamental para el desarrollo del proceso. Pero, en verdad, se trataría de una situación excepcional, dados los argumentos y condiciones que acabamos de explicar».³⁶⁴

Asimismo, la magistrada del Tribunal Constitucional, Marianella Ledesma Narváez, comenta que:

Esta asistencia podrá consistir en dos alternativas: la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección, como tomar la declaración de testigo anciano u enfermo en un lugar distante de la sede del arbitraje; o la adopción por la autoridad judicial de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral, como en el caso de conducción de grado o fuerza para obtener la declaración de un testigo.

³⁶⁴ CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA, y Jhoel CHIPANA CATALAN, Jhoel. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Segunda Parte. Lima: Thomson Reuters, 2014, pp. 764-765.

Una de las inquietudes que se percibe desde la sede judicial a este tipo de requerimientos es la viabilidad de su actuación, pues se podría darla posibilidad que se busque la actuación de una prueba manifiestamente contraria al orden público o a las leyes prohibitivas expresas. En este caso, la autoridad judicial devolverá los antecedentes a la entidad requiriente, expresándoles los motivos de la negativa a su actuación, por citar, cuando se pretenda la declaración como testigo de un menor de edad —incapaz absoluto—. Expresamente, el inciso 1 del artículo 229 del Código Procesal Civil prohíbe dicha declaración como testigo. En este supuesto, la autoridad judicial no acogerá el pedido del árbitro por existir norma expresa que prohíbe esas declaraciones.

La regla general señala que la autoridad judicial competente se limita a cumplir sin demora con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte; sin embargo, consideramos que esa regla se alteraría cuando el pedido arbitral sea manifiestamente contrario al derecho [...].

Una alternativa bastante interesante que acoge el artículo 45° del D. Leg. n.° 1071 es la co-participación en la actuación de un medio de prueba derivado para tal fin para la actuación judicial: «En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral, podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones teniendo la oportunidad de formular preguntas». El avance de la tecnología nos permite ello, ya que sin estar presentes físicamente en el mismo escenario que comparte el juez y el testigo, los árbitros pueden participar en dicha actuación, como en el caso de las video conferencias, que permitirían dicha intervención en presencia de la autoridad judicial [...].³⁶⁵

Como ya manifestábamos en las primeras líneas de este punto, debe también tenerse presente que si bien la jurisdicción tiene la facultad

³⁶⁵ LESDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.ª edición, pp. 112-113.

deber de realizar actos de colaboración o auxilio para con el arbitraje, y si bien la función jurisdiccional es cumplida por una serie de órganos jurisdiccionales (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Justicia Militar, Consejo Nacional de la Magistratura), sin embargo, en razón de la autonomía del arbitraje que la misma Constitución lo reconoce, los actos de auxilio judicial para con el arbitraje no pueden ser ejercitados por cualquier órganos jurisdiccional, sino exclusivamente por el Poder Judicial, e incluso dentro de éstos, los órganos jurisdiccionales competentes para tal función de cooperación le corresponde a los juzgados comerciales, y de no existir éstos, los juzgados civiles o mixtos, en su defecto. El artículo 8 de la Ley de Arbitraje regula esta situación:

Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable [...].

2.2. Intervención complementaria

La diferencia esencial entre la intervención colaboradora y la intervención complementaria que cumple la jurisdicción para con el arbitraje radica en que en la primera forma la intervención de la jurisdicción consiste, básicamente, en la realización de determinados actos procesales meramente de apoyo o auxilio hacia el proceso arbitral ya iniciado o en trámite, esencialmente, relativo a la actuación probatoria y en la que el órgano jurisdiccional cumple una comisión de realización de actos procesales concretos con base en la solicitud de asistencia judicial efectuado por el árbitro o tribunal arbitral, y que el órgano judicial requerido debe limitarse a cumplirlas sin demora y bajo responsabilidad, sin entrar, incluso, a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposi-

ción o recurso alguno contra la resolución que, a dichos efectos, dicte, a menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas.

En cambio, en la intervención complementaria no se trata de la asistencia de los órganos jurisdiccionales con determinados actos procesales, sino de la iniciación de determinados procesos judiciales complementarios y necesarios para que el proceso arbitral pueda eficazmente cumplir con su finalidad. La intervención de colaboración es efectuada a través de la realización de determinados actos procesales; en cambio, en la intervención complementaria el órgano jurisdiccional inicia determinados procesos judiciales.

La intervención complementaria es efectuada normalmente a petición de la parte interesada en el proceso arbitral y, en algunas ocasiones, incluso, a pedido del propio árbitro o tribunal arbitral, mas nunca de oficio por el órgano jurisdiccional. Asimismo, los procesos judiciales complementarios para con el arbitraje pueden, a su vez, ser iniciados y realizados ya aperturado el proceso arbitral, ya posterior a la expedición del laudo arbitral, pero también antes del inicio del proceso arbitral, como veremos más adelante.

Empero, al igual que en la intervención colaboradora, la intervención complementaria de los órganos jurisdiccionales se produce nuevamente debido a la carencia de *coertio* y *executio* por parte de los árbitros y la limitación existencial del propio tribunal arbitral.

En suma, como afirman Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Mina-ya y otros:

El arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial, ya que los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública. Es decir, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta. A nuestro entender,

el arbitraje debe convivir con la justicia arbitral y para que esa conveniencia sea armónica, habrá de restablecerse una relación cooperación entre ambos sistemas».³⁶⁶

La profesora Ana María Arrarte Arisnabarreta, precisa que la intervención complementaria del Poder Judicial para con el arbitraje «se presenta en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial.

Así, es necesario primero que el tribunal arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del órgano jurisdiccional, evidentemente, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento espontáneo [...].

Asimismo, operaría para la ejecución de medidas cautelares cuando impliquen el uso de la fuerza como, por ejemplo, llevar a cabo un secuestro, embargo, etcétera. Finalmente, la ejecución del propio laudo arbitral, supuesto en el que se presentan los casos más frecuentes de un uso indebido del procedimiento judicial de ejecución [...]. Ahora bien, conviene reiterar que el rol de la intervención judicial en estos casos, no es la emisión de una sentencia ni la revisión de la actividad realizada en el proceso arbitral, sino, simplemente, de brindar un complemento que consiste en proveer a las decisiones arbitrales de la fuerza compulsiva de la que carecen, en tanto ha sido reservada al Estado.³⁶⁷

Al respecto, la Ley de Arbitraje ha contemplado, básicamente, cuatro formas de intervención complementaria de la jurisdicción para con el arbitraje: en materias de «tutela cautelar y tutela de urgencia», de

³⁶⁶ CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA, y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Primera Parte. Lima: Thomson Reuters, 2014, p. 177.

³⁶⁷ ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. «De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación». En *Thémis*. Revista de Derecho. Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007, pp. 99-100.

«ejecución de medida cautelar», de «ejecución de laudo arbitral» y, de «reconocimiento y ejecución judicial del laudo dictado en el extranjero». Una vez más: no hay otras formas de intervención (de modalidad complementaria) de la jurisdicción en el arbitraje.

2.2.1. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de tutela cautelar y tutela de urgencia

Esta forma de intervención jurisdiccional se encuentra prevista en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 47.- Medidas cautelares.

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
 - a. Que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia;
 - b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
 - c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
 - d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.
3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conoci-

miento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.
5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.
6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.
7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.

8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.
9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.

La forma de intervención jurisdiccional complementaria en materia de providencia cautelar amerita cuanto menos los siguientes comentarios:

1. En principio, conforme sostiene la profesora Marianella Ledesma Narváez:

Los árbitros no sólo están facultados para dirimir el conflicto sino que además tienen la posibilidad de dictar medidas cautelares orientadas a que se mantenga o restablezca el *status quo* mientras se dirime la controversia; se adopte medidas para impedir algún «daño actual o inminente o menoscabo del propio procedimiento arbitral o se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían»; se ofrezca algún medio de preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o se preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser de interés o de importancia para resolver la controversia.³⁶⁸

³⁶⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2010, 2.^a edición, p. 117.

En suma, la potestad que tienen los árbitros dentro del procedimiento arbitral comprende no sólo la facultad para dirimir en forma definitiva el conflicto, sino también para el dictado de medidas cautelares, preventivas y asegurativas, así como para el dictado de medidas de naturaleza urgente. Estas medidas pueden ser dictadas antes de la constitución del tribunal arbitral,³⁶⁹ no después.³⁷⁰

³⁶⁹ Respecto de cuándo se entiende constituido el arbitraje, la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

«Artículo 27.- Aceptación de los árbitros.-

1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.
2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido».

³⁷⁰ Aunque cabe agregar que en la práctica arbitral comercial internacional existe la figura del *árbitro de emergencia*, el cual es instituido, básicamente, para el dictado de medidas cautelares u otras medidas de urgencia antes de la instalación del tribunal arbitral. La primera institución en regular la figura del árbitro de emergencia fue la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el año 1990. En España, esta figura ya existe en la Corte Española de Arbitraje cuyo Reglamento observa en el artículo 15.4 la posibilidad de las partes de solicitar un árbitro de urgencia que decidirá sobre medidas urgentes (sujetas a la posterior revisión del tribunal) hasta el momento en que se forme el tribunal arbitral que dirimirá el asunto. El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje dispone al respecto lo siguiente:

«Artículo 29.- Árbitro de emergencia

1. La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral (“medidas de emergencia”), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. Tal solicitud será aceptada por la Corte sólo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su solicitud de arbitraje.
2. La decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia.

2. Nótese que las medidas de urgencia que el árbitro o tribunal arbitral está facultado para dictar no sólo son de naturaleza propiamente precautoria (como en la doctrina del derecho procesal se les conoce a estas medidas), sino cualquier tipo de medidas de urgencia (por ejemplo, entre ellas, las pruebas anticipadas) a fin de asegurar la efectividad del futuro laudo o asegurar la finalidad del arbitraje (la solución del caso). En este sentido, el tribunal arbitral tiene, incluso, mayor libertad para la expedición de cualquier tipo de medidas precautorias (embargos, secuestro, medidas de innovar, de no innovar, etc.) y de urgencia. Cosa que lo que en el proceso cautelar existe es, más bien, limitaciones al poder general de cautela que también cuenta el juez; véase, en este sentido, las últimas modificaciones que en materia cautelar se dictaron a través de la Ley n.º 29384, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 28 de junio de 2009, modificando el Código Procesal Civil; y también, con la Ley n.º 28946, publicada el 24 de diciembre de 2006, que modifica el artículo 15 del Código Procesal Constitucional.

En suma, existe mayor libertad y mayor autoridad de los árbitros para el dictado de medidas cautelares y medidas de urgencia. Hay un trato privilegiado de la ley para con el arbitraje también en esta materia, pues frente a las limitaciones que cada

-
3. La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la orden. El tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia.
 4. El tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la orden.
 5. Los artículos 29(1) a 29(4) y las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V (conjuntamente, las “disposiciones sobre el árbitro de emergencia”) se aplicarán sólo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias [...].».

día más tienen los jueces —qué duda cabe— de frenar el uso y abuso en que algunos jueces incurrieron al dictar, desmesurada e irrazonablemente, medidas cautelares en determinados casos.

A este respecto, el profesor Juan Monroy Palacios afirma que:

Mientras la tendencia mundial, en el plano legislativo, jurisprudencial y doctrinal, se orienta a la consolidación del carácter autónomo del arbitraje respecto de la justicia estatal, en el Perú existen jueces que, abusando de su poder, acostumbrar trabar medidas cautelares para suspender su tramitación; incluso por estos días los medios de comunicación comentan los atropellos contra un tribunal arbitral cuyos miembros han sido objeto de embargos sobre sus bienes y hasta de un proceso penal.³⁷¹

3. Al no existir la institución del *árbitro de emergencia* para el dictado de medidas cautelares y de urgencia antes de la instalación del tribunal arbitral, es allí donde interviene la jurisdicción para complementar esa ausencia de facultad de los árbitros y deficiencia (si se puede decir) del procedimiento arbitral. En tal supuesto, el interesado puede solicitar las medidas cautelares al órgano jurisdiccional competente, según el artículo 8.2 de la Ley de Arbitraje (juez comercial, civil o mixto).³⁷² Estas medi-

³⁷¹ MONROY PALACIOS, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Monroy Palacios, Juan José (dir.). Lima: Comunitas, 2008, n.º 10, p. 142.

³⁷² Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071):

«**Artículo 8.-** Competencia en la colaboración y control judicial.

[...]

2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable».

das cautelares jurisdiccionales dictadas antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo, o habiendo cumplido con hacerlo no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida ésta caduca de pleno derecho. La norma es clara.

4. Una vez constituido el tribunal arbitral, comunicado que le fuera de tal situación, el juez está obligado, bajo responsabilidad, a remitir el expediente conteniendo los actuados correspondientes a la solicitud cautelar (jurisdiccional) «en el estado en que se encuentre». Esto es muy importante porque si el estado del proceso (cautelar) es la de una inadmisibilidad, de un rechazo o improcedencia, o se ha ya dictado la medida precautoria, o se encuentra en estado de apelación o por elevar el expediente cautelar a Sala Superior en virtud de una apelación, en cualquiera de dichos supuestos, debe el juez remitir, en forma inmediata, el expediente cautelar al tribunal constitucional ya constituido. De igual modo, si el expediente o cualquier cuadernillo correspondiente al expediente cautelar se encuentra ante la Sala Superior o está pendiente de resolver algún asunto debe la Sala también, de forma inmediata, remitir los actuados al tribunal arbitral. De igual modo, si se encuentra pendiente el dictado de la providencia cautelar o la resolución de la oposición a la medida cautelar o cualquier otra situación pendiente, aun *ad portas* de ser resueltos, una vez instalado el tribunal arbitral, el órgano jurisdiccional carece ya de potestad (o competencia) para el dictado de decisiones relativas al proceso cautelar. Una vez instalado el tribunal arbitral, surte efectos plenos el principio de autonomía del proceso arbitral y el juez pierde competencia sobre el asunto. En tal sentido cesa la inter-

vención complementaria del juez en materia cautelar para con el arbitraje, cuando queda instalado el tribunal arbitral en los términos previstos en el artículo 27 de la Ley de Arbitraje.

En suma, tal intervención complementaria de la jurisdicción, en materia cautelar, se da, específicamente, en el dictado de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral. Una vez comunicada y/o verificada su instalación, tal intervención cesa en el estado en que se encuentre el expediente cautelar. Eso es claro. Es más, siempre en la calificación de la solicitud cautelar o previo a la adopción de la decisión cautelar en el tiempo (por ejemplo, cuando hubiere inicialmente sido declarado inadmisibile la solicitud cautelar o haya sido revocada o anulada por la Sala, la decisión denegatoria inicial adoptada y llegare el momento de expedir nueva decisión cautelar concesoria, el juez de trámite debe requerir, previamente, a la parte solicitante la información de si existe ya o no instalado el tribunal arbitral, pues de ser informado y verificado tal supuesto estaríamos en la situación de carencia de competencia del juez para la adopción de tutela cautelar.

5. Incluso, una vez instalado el tribunal arbitral, éste tiene plena potestad (arbitral) para conocer el pedido o trámite cautelar. Aun ante la demora del órgano jurisdiccional en la remisión del expediente cautelar, ello no impide que el tribunal arbitral pueda pronunciarse sobre la medida solicitada, dictada o impugnada. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que hayan dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso, cuando se trate de decisiones judiciales firmes.

En otras palabras, no existe firmeza para el tribunal arbitral en la tutela cautelar ejercida por el órgano jurisdiccional. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a ini-

ciativa de alguna de las partes o en circunstancias excepcionales, incluso de oficio.

No cabe duda de que el tribunal arbitral tiene mayor autoridad sobre la función complementaria ejercida por el juez. Otra vez más, la justicia arbitral tiene mayores privilegios sobre la actividad complementaria que despliegan los órganos jurisdiccionales, siendo ello explicable por cuanto el órgano jurisdiccional tiene ocasión de conocer el proceso cautelar, mas no del proceso principal, lo cual es de plena competencia del tribunal arbitral.

2.2.2. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de ejecución cautelar

Esta forma de intervención jurisdiccional complementaria, se encuentra regulada en el artículo 48 de la Ley de Arbitraje, a saber:

Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.
2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.
3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal ar-

bitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades:
 - a) Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a), b), c) y d) del numeral 2 del artículo 75 o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d) de este numeral.
 - b) La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9.
 - c) Los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 76 serán de diez (10) días.
 - d) La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.
 - e) La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

También, esta forma de intervención jurisdiccional complementaria amerita, cuanto menos, los siguientes comentarios:

1. En principio, hemos dicho, el tribunal arbitral está facultado para el dictado de medidas cautelares, gozando, incluso, de ma-

yor libertad y discrecionalidad que los propios jueces para el dictado de cualquier forma de tutela de urgencia que el caso amerite para el aseguramiento de los fines del proceso arbitral y la eficacia del futuro laudo arbitral. Lo que no tienen los árbitros —una vez más— es la *coertio* para hacer efectivos sus decisiones precautorias o de urgencia. Al ser la *coertio* una potestad propia de los jueces (como expresión del *ius imperium* que el Estado a nombre del pueblo o nación les ha conferido), deben, entonces, en los casos que la requieran recurrir a la intervención de esta forma complementaria de los órganos jurisdiccionales.

2. Nótese —una vez más— que los árbitros sí gozan de potestad para ejecutar sus decisiones; pueden dictar las providencias destinadas a dichas partes, conminar o requerir a las partes. Lo que no tienen es la potestad para ordenar el empleo de la fuerza pública para la efectivización de dicha decisión, en eso, precisamente, consiste la *coertio* de la que tiene los jueces y que carecen los árbitros. La *coertio* es una de las características de la función jurisdiccional, la tienen las que la ejercen; al no tener, precisamente, el arbitraje naturaleza jurisdiccional, carecen, por ende, de dicha potestad.

He aquí un argumento más para rebatir la tesis jurisdiccionalista del arbitraje. El arbitraje no es jurisdicción, como tampoco es su equivalente (como ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional español). Si la jurisdicción consiste en la potestad de declarar el derecho y en ejecutar lo declarado, incluso, mediante el empleo de la fuerza pública, entonces, el arbitraje no puede ser equiparado a la jurisdicción si carece de este atributo —nada menor— como es la *coertio*. La *coertio* es propia del poder estatal y de los órganos jurisdiccionales.

3. Entonces, la intervención jurisdiccional complementaria en materia de ejecución cautelar no es, en estricto, para la ejecu-

ción de las providencias cautelares (los árbitros pueden ejercer tal facultad), sino para complementar tal ejecución en los casos en que en dicho propósito y según criterio del árbitro, se haga necesario la asistencia de la fuerza pública (*coertio*).

Una vez instalado el tribunal arbitral, los órganos arbitrales no pueden dictar medidas cautelares para un futuro arbitraje, pero una vez dictada la medida por el tribunal arbitral tampoco el tribunal puede cesar en sus funciones para la ejecución de dicha medida, constituye deber del tribunal arbitral efectuar actos de ejecución de la medida. Los jueces carecen de potestad para intervenir en la ejecución cautelar sino cuando le es solicitada por la parte interesada por el tribunal arbitral quien «a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública».

4. En tales circunstancias, la parte interesada recurrirá al juez competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna. El juez no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar será solicitada por el juez o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados. He aquí otro privilegio del que goza la justicia arbitral.

2.2.3. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de ejecución del laudo arbitral

Relativo a esta forma de intervención jurisdiccional complementaria, los artículos 67 y 68 de la Ley de Arbitraje disponen lo siguiente:

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.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

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.

Esta forma de intervención jurisdiccional complementaria amerita también los siguientes comentarios:

1. El tribunal arbitral goza de potestad para ejecutar sus laudos y decisiones. Esto es lo «liminar». Tal ejecución procede cuando exista acuerdo de las partes o cuando se encuentre previsto en el reglamento de la institución arbitral a la que se han sometido las partes. Así, la ejecución del laudo en sede arbitral puede perfectamente cumplir su finalidad en la satisfacción plena del derecho declarado en el laudo. Sin embargo, tal ejecución o su continuación no procede (y, por ende, debe cesar la ejecución) cuando, también a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública (*coertio*).
2. El asunto de la potestad arbitral para la ejecución del laudo también debe quedar claro. El tribunal arbitral tiene tal potestad y ello implica que puede iniciar los actos procedimentales destinados a la ejecución: requerimiento de pago o de entrega de bien, etc.; por ejemplo, puede ordenar que el ejecutado cumpla con tal o cual obligación declarada en el laudo arbitral, puede incluso disponer el lanzamiento del ejecutado (en caso de entrega de bien inmueble, por ejemplo), pero lo que no tiene es la potestad para disponer la asistencia de la fuerza pública, poder propio de los órganos jurisdiccionales como expresión del *ius imperium* de la que goza como órgano del Estado y que ejerce tal poder en nombre de la nación.
3. Así, la intervención complementaria de la jurisdicción en materia de ejecución del laudo arbitral se da básicamente en tanto se

requiera de la *coertio* para tal fin. Sin embargo, debe efectuarse algunas precisiones necesarias a fin de tener en claro el asunto. Si las partes no han pactado la posibilidad de ejecución del laudo arbitral o si el reglamento de la institución arbitral no tiene previsto tal posibilidad, no procede entonces la ejecución arbitral del laudo y, por ende, la parte interesada puede recurrir al órgano jurisdiccional competente para la ejecución judicial del laudo.³⁷³

Sin embargo, también, aun en el caso de que exista tal pacto o exista en el reglamento tal posibilidad de ejecución del laudo en sede arbitral, la parte interesada se encuentra legitimada para recurrir a sede judicial —en lugar del tribunal arbitral— y demandar la ejecución del laudo. Ello es así por cuanto el artículo 67 de la ley prevé que la ejecución en sede arbitral procede «a solicitud de parte». El principio de disposición (iniciativa de parte) es fundamental para la procedencia de la ejecución arbitral.

En tal sentido, nada obsta a que la parte favorecida en el laudo decida —en lugar de la ejecución arbitral— recurrir a la intervención complementaria del juez y solicitar la ejecución judicial del laudo. Ergo, el juez competente no puede negarse a admitir la demanda de ejecución alegando que existe un pacto de ejecución arbitral o que dicha posibilidad se encuentre en el reglamento de la institución arbitral o que la pretensión de ejecución no amerite en modo alguno la asistencia de la fuerza pública.

³⁷³ Respecto de la competencia de los jueces, el artículo 8 de la Ley de Arbitraje, dispone que: «3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia».

La ejecución del laudo en sede arbitral es una facultad del árbitro si es que tal posibilidad está pactada o se encuentra prevista en el reglamento arbitral, pero tiene como límite la ausencia de *coertio*. Pero para el órgano jurisdiccional, la ejecución es siempre un poder-deber. Ni la ausencia de necesidad del empleo de la *coertio* para la ejecución, ni la existencia del pacto de ejecución arbitral o la existencia de tal posibilidad en el reglamento arbitral pueden constituir causales para la denegación de la ejecución judicial del laudo.

4. Una vez iniciada la ejecución judicial del laudo, el juez, por el solo mérito del laudo, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
5. 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 (ofrecimiento de contracautela para la suspensión de los efectos del laudo arbitral en caso de interposición del recurso de anulación de laudo).

El juez, previo traslado de la oposición, resolverá la oposición. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo. El juez está prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo. Como vemos, la ejecución del laudo arbitral —aun en sede judicial— goza de mayores privilegios que la ejecución de cualquier otro título ejecutivo.

6. Finalmente, cabe observar que, iniciada la ejecución del laudo en sede arbitral y cesado en sus funciones el árbitro-ejecutor, al requerir la ejecución de la asistencia de la fuerza pública, la consiguiente ejecución en sede judicial debe ser sino la continuación de la ya iniciada en sede arbitral y no su inicio y repetición

de actos procesales de ejecución ya efectuada en sede arbitral. Un ejemplo nos aclarará tales afirmaciones.

En el caso de que en el laudo, el tribunal arbitral, amparando la demanda, ordene que el demandado entregue un bien inmueble determinado al demandante, y si bien la futura y probable ejecución forzada conlleve necesariamente el empleo de la fuerza pública (para lo cual, el árbitro carece de *coertio*), sin embargo, tal *coertio* no necesariamente puede requerirse en el caso concreto, pues ante al requerimiento de lanzamiento o de la misma orden de lanzamiento, el demandado puede cumplir con su obligación. Ergo, se habría recurrido innecesariamente al Poder Judicial para su ejecución con todos los problemas, defectos y desventajas que este mecanismo de solución de controversias tiene, cuando bien en sede arbitral se ha arribado a tal propósito en forma pronta y efectiva. Y, aun —siguiendo con este mismo ejemplo—, en el caso de que el ejecutado haga caso omiso a la orden de ejecución (lanzamiento) y no quede más que recurrir al Poder Judicial para su cumplimiento, en sede judicial, la ejecución no tiene por qué volver a transitar el camino ya avanzado en ejecución arbitral.

Así, si en el procedimiento de ejecución arbitral (siempre en el caso planteado) se ha requerido al ejecutado y éste ha tenido oportunidad objetiva de ejercitar su derecho de defensa (oposición a la ejecución), se ha dispuesto el apercibimiento correspondiente y se ha ordenado el lanzamiento, y en este estado y límite de la ejecución arbitral del laudo, el ejecutante recurre al Poder Judicial; luego, el proceso único de ejecución que se inicie no tiene por qué volver a repetir todo ese *iter* procesal de ejecución ya avanzado en sede arbitral.

El órgano jurisdiccional de ejecución debe sólo continuar con la ejecución en el estado en que fue cesado en sede arbitral (por

falta de *coertio* del tribunal arbitral o por decisión propia del ejecutante). Si ya ha existido orden de lanzamiento debe, entonces, disponer el juez, simplemente, la ejecución de dicho lanzamiento, previa admisión de la demanda ejecutiva, pero no conceder al ejecutado el plazo para formular contradicción (u oposición), correr traslado de la misma, la absolució y resolución de dicho trámite.

2.2.4. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de reconocimiento y ejecución judicial del laudo dictado en el extranjero

De conformidad con el artículo 74.1 de la Ley de Arbitraje, los laudos extranjeros son aquéllos pronunciados en un lugar hallado fuera del territorio peruano; por tanto, para su eficacia en el Perú deben previamente ser reconocidos por el Poder Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales competentes y de acuerdo al procedimiento previsto en la ley sobre dicha materia (artículos 74 al 78 de la Ley de Arbitraje); y, de conformidad, a su vez, con los instrumentos normativos internacionales aplicables a tales casos, como son:

- a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958.
- b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975; o
- c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.

Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Como señala una jurisprudencia de la Sala Civil de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos de la Corte Superior de Justicia de Lima:

El reconocimiento de las resoluciones judiciales expedidas en el extranjero tiene como fin que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por el tribunal extranjero, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada. El proceso de exequátur no tiene por objeto el examen de lo ya juzgado ni el análisis del proceso, sino el cumplimiento formal de los requisitos de homologación que la ley peruana establece para su concesión [...].

Este pronunciamiento de la referida Sala resulta perfectamente aplicable al trámite de exequátur o reconocimiento judicial de laudos arbitrales dictados en el extranjero.

Como afirma la profesora Marianella Ledesma Narváez:

El exequátur se sustenta en el hecho de que la jurisdicción amenaza de la soberanía y como ésta tiene por límite el territorio sobre el que se ejerce, la sentencia sólo produce efectos jurídicos dentro de ese territorio. La cooperación judicial internacional ha impuesto la necesidad de reconocer y otorgarle efectos a una sentencia de un juez extranjero [...]. Razones de seguridad jurídica y conveniencia recíproca hace que casi todos los estados reconozcan la validez de las sentencias y laudos arbitrales proferidos en el extranjero, y permiten su ejecución como si hubiesen sido dictadas por sus propios jueces [...].³⁷⁴

Seguidamente, procedemos a transcribir algunos artículos normativos de la Ley de Arbitraje que regulan la institución en comento:

³⁷⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.ª edición, pp. 272-273.

Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

[...]

5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.
6. Para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil, del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

Artículo 74.- Normas aplicables.

1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano:
 - a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o
 - b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o
 - c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.
2. Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Artículo 75.- Causales de denegación.

1. Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del

laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano.

2. Sólo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba:
 - a. Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.
 - b. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos.
 - d. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
 - e. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo.
3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:
 - a. Que según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.
 - b. Que el laudo es contrario al orden público internacional.
4. La causa prevista en el inciso a) del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral por falta de validez del convenio arbitral o si el convenio arbitral es válido según el derecho peruano.

5. La causa prevista en el inciso b) del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha reclamado oportunamente ante el tribunal arbitral la falta de notificación del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o la vulneración a su derecho de defensa.
6. La causa prevista en el inciso c. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si éste se refiere a cuestiones sometidas al arbitraje que pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje.
7. La causa prevista en el inciso d. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral en virtud a que su composición no se ha ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o no ha denunciado oportunamente ante el tribunal arbitral que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
8. Si se ha solicitado a una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado el laudo, la anulación o suspensión del laudo extranjero, según lo previsto en el inciso e) numeral 2 de este artículo; la Corte Superior competente que conoce del reconocimiento del laudo, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre dicho reconocimiento y, a petición de la parte que pida el reconocimiento del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas.

Artículo 76.- Reconocimiento.

1. La parte que pida el reconocimiento de un laudo extranjero deberá presentar el original o copia del laudo, debiendo observar lo previsto en el artículo 9. La solicitud se tramita en la vía no contenciosa, sin intervención del Ministerio Público.

2. Admitida la solicitud, la Corte Superior competente dará traslado a la otra parte para que en un plazo de veinte (20) días exprese lo que estime conveniente.
3. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá adoptar, de ser el caso, la decisión prevista en el numeral 8 del artículo 75. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.
4. Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación, cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el laudo.

Artículo 77.- Ejecución.

Reconocido, en parte o en su totalidad el laudo, conocerá de su ejecución la autoridad judicial competente, según lo previsto en el artículo 68.

2.3. Intervención contralora (control jurisdiccional del arbitraje)

Ésta es, definitivamente, la forma más compleja de intervención de la jurisdicción sobre el arbitraje y la que más problemas viene generando en la actualidad, tanto en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia, particularmente, en nuestro país. Por tanto, la intervención que el Estado efectúa a través de los órganos jurisdiccionales competentes no es para una mera colaboración o auxilio a la función jurisdiccional, ni para complementar actos procesales necesarios para el cumplimiento de los fines del proceso arbitral, sino una revisión de lo resuelto o decidido por el árbitro o tribunal arbitral en el laudo.

Empero, no una revisión cualquiera, sino basada en determinadas causales, criterios y limitaciones estipulados tanto en la ley como perfilados por la jurisprudencia, particularmente, por el Tribunal Constitucional, sobre la base y alcances de la autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales de lo que constituye potestad propia de los árbitros otorgada por los justiciables.

De modo tal que si no se regula ni se ejercita adecuadamente, dicha forma de intervención se pondría en peligro no sólo la autonomía de la función arbitral, sino también la unidad de la justicia a cargo del Estado a través de los órganos jurisdiccionales, por lo que más que buscar un equilibrio entre ambos principios y entre ambos mecanismos de tutela de derechos, resulta más bien necesario ubicar los mismos en sus reales dimensiones y alcances a fin alcanzar una sociedad justa y en bienestar.

Bien afirman los tratadistas Merino Merchán y Chillón Medina:

La autonomía del proceso arbitral no implica su intangibilidad respecto a la fiscalización jurisdiccional. Es más, el control jurisdiccional sobre el proceso arbitral y más concretamente sobre su producto final, el laudo, ha de quedar perfectamente garantizado desde el convenio arbitral, que es donde realmente las partes optan voluntariamente por no acudir a los jueces y tribunales del Estado para resolver sus conflictos.

Ya hemos visto cómo el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela efectiva judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución —derecho, por otra parte, irrenunciable—, sino que, por el contrario, aquéllas, haciendo uso de su igualmente derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), acceden al arbitraje como medio de eliminar sus conflictos.

El uso de esa libertad plasmada en la elección del proceso arbitral debe estar garantizado en una doble dirección: 1) Por una parte, removiendo los poderes públicos los obstáculos que dificulten o impidan la libertad e igualdad del individuo (art. 9.2 CE); y 2) Por otra, estableciendo un sistema de control judicial, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusta a los establecido en la ley y en la Constitución [...].

El planteamiento anterior nos conduce al examen de los medios impugnatorios que se instrumentan en la legislación vigente para hacer efectivo el control del laudo. Pero, antes de analizar los medios de control del laudo, conviene formular las observaciones siguientes:

1. El control judicial del arbitraje no aparece en cualquier momento del curso procesal arbitral y contra cualquier acto del árbitro, sino que esa fiscalización judicial se da contra el laudo, en cuanto que éste representa la decisión última del árbitro y que, además, la impugnación ha de fundarse en motivos o causas tasadas, como luego veremos.
2. Este control judicial sobre el laudo lo es sólo por razones extrínsecas, como también se examinará más adelante [...].³⁷⁵

Asimismo, la profesora Arrarte Arrisnabarreta agrega, con la observación sesuda que le caracteriza que:

Esta intervención implica la posibilidad de realizar un nuevo análisis del laudo, pero esta vez, por parte de la autoridad judicial. Como sabemos, este rol del Poder Judicial, junto con el de ejecución, son los más usados y, de alguna manera también, aquellos que han suscitado situaciones de abuso, motivando el entorpecimiento de la eficacia de los mandatos arbitrales.³⁷⁶

Asimismo, José Garberí Llobregat afirma que:

El hecho, sin embargo, de que el arbitraje no pase de ser un exponente de «justicia privada» (normalizada y racionalizada, eso sí, pero justicia privada estructuralmente ubicada extramuros de la organización de los poderes públicos, al fin y a la postre), hace que, aunque el legislador deje en las solas manos de las partes el conflicto la libre decisión de acudir o no al procedimiento arbitral en aras de solventar aquellas controversias susceptibles de ser resueltas por esta vía alternativa al proceso, no por ello renuncie en absoluto a todo tipo de control público, jurisdiccional naturalmente, sobre la decisión emanada de los árbitros [...].

³⁷⁵ MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, 3.^a edición, pp. 683-684.

³⁷⁶ ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. «De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación». En *Thémis*. Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007, p. 100.

Así, quienes libremente tomen la decisión de dejar la solución definitiva e irrevocable de sus derechos e intereses jurídicos litigiosos en manos de órganos arbitrales, renunciando a la intervención de los tribunales del Poder Judicial, sabrán de antemano que esta decisión suya no comporta en modo alguno el otorgamiento a los árbitros de ninguna patente de corso para que se conduzcan como les venga en gana. De ninguna supuesta habilitación para poder hacer caso omiso a los parámetros de legalidad o equidad, según cuál sea la modalidad arbitral elegida, y en todo caso a los de objetividad e imparcialidad, que han de presidir cualesquiera tipos de enjuiciamiento, sean los mismos jurisdiccionales, sean administrativos o, como es el caso, lo sean puramente privados.

El control jurisdiccional de las decisiones arbitrales, pues, lejos de operar como una rémora o un mecanismo de obstaculización del arbitraje, constituye una previsión normativa que apunta justamente en la línea contraria, esto es, en la del robustecimiento y potenciación del arbitraje como una alternativa más rápida y eficaz (y, muchas veces, hasta más económica) que la judicial o procesal, pero tan segura (o al menos rodeada de las suficientes garantías normativas y de control) [...].³⁷⁷

3. FUNDAMENTOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE

La intervención del Estado en el arbitraje a través de órganos jurisdiccionales competentes resulta necesaria y hasta inevitable desde el ámbito *ius-sociológico*.

Tal intervención es inevitable por cuanto si bien el arbitraje tiene su fuente en la autonomía de la voluntad del hombre plasmado jurídicamente en el *convenio arbitral*; si bien el arbitraje constituye en su origen y desarrollo un mecanismo natural de solución de conflictos, producto

³⁷⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Editorial Bosch, 2004, pp. 951-952.

de la libertad y racionalidad del hombre, un mecanismo heterocompositivo de conflictos muy anterior al Estado y a la jurisdicción; y que con base en tales fundamentos su práctica se ha mantenido y subsiste a los distintos tipos de Estados habidos en la historia de la humanidad, sin embargo, desde que aparece el Estado como aparato coercitivo, en los albores de la civilización, investido de poder e imponiendo un ordenamiento jurídico determinado «asume directamente la función plena de garantizar el derecho mediante órganos propios investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias».³⁷⁸

Así, el Estado, por encima de la voluntad de sus miembros se sustituye en la voluntad del individuo para, por medio de su *imperium*, designar los órganos (juez o tribunal) encargados de componer todo litigio con trascendencia jurídica. Sin embargo, no de cualquier modo, no mediante el simple leal saber del juez, sino mediante el derecho, monopolizando, incluso, dicha potestad de resolver los conflictos en forma única y exclusiva, y contando, inclusive, de la fuerza pública necesaria para hacer cumplir lo resuelto (*coertio, executio*), manteniendo, como forma alternativa, la solución de determinados conflictos (los referidos a derechos e intereses de libre disposición por las partes), mediante los demás mecanismos autocompositivos (conciliación, transacción) y heterocompositivos como el arbitraje.

De esta manera, incluso, en forma excepcional se dan situaciones permisivas de autotutela o defensa privada tales como la legítima defensa y la defensa posesoria. Pero también corresponde al Estado fiscalizar o ejercer control sobre el arbitraje en virtud del *ius imperium* que detenta y, en tanto tiene el deber de crear condiciones jurídicas mínimas para que las personas accedan a la justicia (sea pública o privada), mediante el respeto de la legalidad del proceso y del propio convenio arbitral, así como la protección de una gama de derechos y principios mínimos

³⁷⁸ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1943, tomo I, p. 149.

que garantizan la constitución de un proceso justo equitativo (debido proceso) como los únicos que garantizan el acceso a la justicia y su efectividad.

Así, si bien el arbitraje tiene origen en la naturaleza libre y racional del hombre, sin embargo, desde que aparece el Estado e impone éste el derecho que, a su vez, monopoliza, tal estado de naturaleza del arbitraje no ha podido mantenerse ni puede, hoy por hoy, invocarse como tal.

Frente al hombre, en su estado de naturaleza y sus iniciales organizaciones como ser social, el Estado constituye una compleja y sofisticada organización política, social y jurídica de la sociedad, la creación más grande de la humanidad basado en el poder y el *ius imperium*, por lo que ninguna otra institución puede mantenerse al margen de la supervisión del gran *Leviatán* de la que nos hablaba Tomas Hobbes.

Desde que aparece el Estado, siempre ha existido intervención de la jurisdicción sobre el arbitraje, ya sea reconociéndola, no prohibiéndola, protegiéndola, colaborando con ella, regulándola, pero, sobre todo, controlándola en la función que cumple. El poder del Estado no puede estar incólume frente a la trascendental función que el arbitraje cumple, y que también constituye un poder-deber del Estado: la impartición de justicia.

El control jurisdiccional del Estado sobre el arbitraje resulta también necesaria, por cuanto, si el arbitraje tiene por causa-fin la impartición de justicia, y siendo ésta, a su vez, el fin primordial del Estado, a través de la función jurisdiccional, entonces, resulta impensable la permanencia de dos sistemas de impartición de justicia paralelos e incommunicables. La unificación de ambos sistemas de impartición de justicia, no le corresponde, lógicamente, al arbitraje, ni tampoco a un organismo supraestatal, sino al Estado a través de sus órganos jurisdiccionales.

Así, el control jurisdiccional del arbitraje encuentra su fundamento en la necesidad que el Estado tiene de diseñar el sendero de derechos y principios mínimos exigibles en todo sistema o mecanismo de administración de justicia (sea pública o privada) para el arribo de ese propósito: la impartición de justicia, lo cual es deber del Estado, en tanto es su fin supremo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (artículo 1 de la Constitución).

El Estado «reconoce» o «permite» la existencia de otros mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos como el arbitraje, le otorga autonomía plena, pero si bien no garantiza que este mecanismo alternativo brinde justicia entre los contendientes, si garantiza que en el arbitraje el árbitro (o tribunal arbitral) respete el convenio arbitral, las normas imperativas de orden público y las garantías procesales mínimas para la existencia de un proceso debido como único capaz de conducir al arbitraje hacia la justicia.

En el arbitraje, el Estado no garantiza la impartición de justicia en cuanto a su contenido sustancial (la declaración de derechos sustantivos), eso es potestad única y exclusiva del árbitro, pero sí tiene el deber de garantizar la observancia de las garantías mínimas para el acceso a la justicia y el debido proceso, estableciendo principios y derechos mínimos que, en el proceso arbitral, debe tenerse en cuenta, a fin de que lo resuelto por el árbitro sea producto de un proceso razonablemente justo y debido.

Es decir, aun cuando en el arbitraje el justiciable haya renunciado al mecanismo de justicia estatal, toda persona, en virtud de su esencia misma —la de ser un ser con dignidad—, tiene derecho —aun en su núcleo duro— a que se le garantice tal justicia, derivando tal núcleo duro de la ponderación efectuada entre el deber que el Estado tiene de tutelar a la persona humana y su dignidad, frente a la autonomía del arbitraje, derivado éste también de la autonomía de voluntad de los justiciables.

Fruto de dicha ponderación fluye que el Estado debe garantizar que en el arbitraje se respete y garantice como mínimo los derechos procesales fundamentales (*tutela procesal y/o debido proceso*), a fin de que el proceso arbitral sea justo y debido; esto es, que el laudo arbitral sea fruto del respeto del derecho de defensa, de contradicción, del derecho a la prueba, de una debida motivación (cuando corresponda), sea la decisión razonable, etc.

4. FORMAS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE: CONTROL DE LEGALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En principio, la denominación que hasta aquí venimos utilizando, es decir, la de «control jurisdiccional del arbitraje», constituye una denominación general que no corresponde a la denominación tradicional acuñada por la doctrina como «control judicial del arbitraje». Con la denominación «control jurisdiccional del arbitraje» hacemos referencia a la intervención jurisdiccional bajo la forma de «control» que el Estado efectúa sobre el arbitraje a través de sus órganos jurisdiccionales competentes.

Lo de «competentes» hace referencia a que los órganos jurisdiccionales del Estado, no sólo están organizados en el Poder Judicial, sino también están el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y los de la Justicia Militar). Así, no todos estos órganos jurisdiccionales resultan ser competentes para el ejercicio de dicha función de control jurisdiccional del arbitraje. Mas queda claro que —en principio— tal control es jurisdiccional (no administrativo, no parlamentario) y es ejercido por órganos jurisdiccionales competentes del Estado.

Claro que el Estado puede, a su vez, ejercer tal control mediante el Parlamento (dictando, por ejemplo, la ley de arbitraje o su modificación) y el propio Poder Ejecutivo (dictando, por ejemplo, el reglamento, de ser el caso). Sin embargo, éste no es el control que desarrollamos en el presente trabajo, sino el control jurisdiccional sobre el arbitraje.

Ahora bien, respecto a las formas que adopta tal control jurisdiccional, la doctrina mayoritaria se refiere a dos formas: «control judicial» y el «control constitucional» del arbitraje. Sin embargo, esta distinción tradicional parte de la diferenciación del órgano que efectúa el control o revisión del laudo. Lo cual, en la forma de cómo se encuentra diseñada la impartición de justicia constitucional en nuestro país, tal distinción (de «control judicial» y «control constitucional») resulta confusa y errada.

Así —para dicho sector doctrinario—, el control sería judicial, por cuanto tal función está a cargo de los órganos jurisdiccionales competentes del Poder Judicial, y se efectúa, específicamente, a través del «recurso de anulación de laudo» y tiene por propósito revisar la legalidad o validez del laudo arbitral. Y el control sería constitucional cuando tal función está a cargo de los órganos jurisdiccionales especializados en lo constitucional (o en su defecto a los juzgados civiles, y en defecto de éstos últimos, a los juzgados mixtos) y del Tribunal Constitucional en última instancia, y se efectúa a través de los «procesos constitucionales de la libertad», fundamentalmente, a través del *proceso de amparo* con el fin de tutelar el derecho a la «tutela procesal» y/o el «debido proceso» ante supuestos de violación en el arbitraje, revisándose, de este modo, la validez constitucional del laudo.

De esta manera se ha venido, generalmente, distinguiendo estas dos formas de control: «control judicial» y «control constitucional del arbitraje».

Nosotros, en cambio, proponemos una clasificación, si bien —también— dual, empero la misma no parte de la consideración de los órganos encargados del ejercicio de tal control, sino sobre la base de la materia que es objeto del control jurisdiccional.

En principio, la función estatal de control del arbitraje es jurisdiccional por cuanto está a cargo de órganos que ejercen función juris-

diccional y que en virtud de la Constitución y las leyes corresponde al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional. A nadie más. Éstos son los dos únicos órganos jurisdiccionales que ejercen control jurisdiccional sobre el arbitraje.

Ahora bien, este control jurisdiccional del arbitraje es bifurcado en sus dos formas, las cuales no pueden, sin embargo, seguir diferenciándose con base en los órganos jurisdiccionales a cargo de tal control: Poder Judicial (control judicial) y juzgados constitucionales y Tribunal Constitucional (control constitucional), sino propia y correctamente con base en el objeto y fines de cada forma de control.

Sin embargo, el Poder Judicial, en un enfoque neoconstitucionalista —el cual importa que los jueces y los procesos ordinarios (y no necesariamente los constitucionales) están también dotados de capacidad y función para la plena tutela de los derechos fundamentales— no sólo está facultado para ejercer el control de legalidad o de validez del laudo arbitral, sino tienen también el poder de ejercer el control constitucional directo del arbitraje a través del propio proceso (recurso) de anulación del laudo.

La diferencia esencial entre una y otra forma de control jurisdiccional no radica en el órgano jurisdiccional que la ejerce, sino en los propósitos que cada una de las formas de control persigue. Así, el llamado «control judicial» no es tal porque sea el Poder Judicial el que lo ejerza, sino, esencialmente, por cuanto en este propósito el recurso de anulación de laudo sirve para ejercer un control de legalidad del laudo arbitral, una revisión de su validez legal, es decir, que el laudo no sea producto de la vulneración de las disposiciones de la ley o del convenio arbitral (que es ley entre las partes, según interpretación derivada de la fuerza vinculante del contrato para las partes, de conformidad con el artículo 1361 del Código Civil).

Aunque, ciertamente, esta función de revisión de legalidad o validez del laudo arbitral se efectúa a través del recurso de anulación de laudo, el cual es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, razón por la que a esta forma de control jurisdiccional (de legalidad), se le ha denominado, generalmente, como «control judicial», en razón al sujeto que ejerce tal control: el Poder Judicial, y en razón al proceso que para ello se sirve (proceso judicial). Ergo, a esta forma de control resulta más idóneo llamarlo «control de legalidad del arbitraje».

Al respecto, la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Artículo 8.- Competencia en el control judicial.

[...]

4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
 - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones.

- nes arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este decreto legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este decreto legislativo.
 - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
 - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
 - g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.
 3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
 4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.
6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.
8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

Así, en virtud de estas disposiciones legales, el llamado «control judicial» es, básicamente, un «control de legalidad del laudo» y se ejerce exclusivamente a través del «recurso de anulación de laudo», a cargo de los órganos jurisdiccionales competentes del Poder Judicial, esto es, la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje, y en vía de impugnación extraordinaria (casación) por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia bajo determinadas causales específicas, quedando tal control y tal proceso agotados ante órganos el Poder Judicial.

En tanto que el llamado «control constitucional del laudo» lo es tal no porque sean los juzgados constitucionales los competentes para tal función, como tampoco porque el Tribunal Constitucional lo ejerza en última instancia, y —también— no porque esta forma de control se

ejerza exclusivamente a través de los procesos constitucionales, sino por cuanto a través de la institución del control constitucional el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales competentes (Poder Judicial y Tribunal Constitucional), realiza la labor de control sobre la justicia arbitral a fin de que en ella no se vulneren los derechos fundamentales de la tutela procesal y/o el debido proceso, y, se garantice la vigencia de la Constitución y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional relativos a los referidos derechos procesales fundamentales.

Como se reitera, esta función de control se ejerce a través del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, ello conforme, a su vez, a los lineamientos dados por el Tribunal Constitucional a través de sus precedentes vinculantes relativos y aplicables al arbitraje (STC n.º 6167-2005-PHC/TC, STC n.º 0142-2011-PA/TC y STC n.º 2383-2013-PA/TC) y demás jurisprudencia relevante para el control constitucional del arbitraje.

Empero, el control constitucional no sólo se ejercita mediante los «procesos constitucionales de la libertad» (principalmente, el proceso de amparo), sino también tal revisión de la constitucionalidad del laudo puede y debe ejercerse a través de la justicia ordinaria (Poder Judicial) y mediante el mecanismo procesal autorizado por ley para ejercer tal control, es decir, a través del «recurso de anulación de laudo».

Así, tanto el proceso de amparo como el recurso de anulación de laudo resultan ser las vías idóneas para la tutela de los derechos fundamentales a la tutela procesal y al debido proceso en el arbitraje, y para garantizar la vigencia de la Constitución y la aplicación e interpretación debida de los precedentes vinculantes dictados por el máximo intérprete de la Constitución en lo relativo a dichos derechos procesales fundamentales.

El «proceso de amparo» constituye, de este modo, una vía extraordinaria para el control del laudo y que procede únicamente para casos de suma urgencia (los cuales delinearemos más adelante como parte de la presente obra), y el «recurso de anulación de laudo», una vía ordinaria, pero igualmente satisfactoria para el ejercicio de tal control constitucional del arbitraje.

De hecho, la duodécima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071) así lo ha establecido, al disponer que:

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Una primera advertencia que no podemos dejar escapar de tal disposición complementaria es la referencia que el legislador efectúa respecto a que el recurso de anulación de laudo constituya una vía específica e idónea para proteger «cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo».

Al respecto, consideramos que tal disposición normativa debe ser interpretada en forma adecuada y en congruencia con la «autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales», como principio rector de la operatividad del arbitraje en el Estado constitucional.

Es decir, la intervención jurisdiccional-constitucional mínima y justificable (núcleo duro del control del arbitraje) que soporte y no pulverice el referido principio rector del arbitraje está dada por el control de la observancia en el arbitraje de los derechos procesales fundamentales (tutela procesal y/o debido proceso) como únicos medios racionales

y razonables para el logro de los propósitos por los que los justiciables pactan, acuden y esperan del arbitraje: la «justicia arbitral».

Así, cualquier decisión sobre el fondo (sean referidas a derechos constitucionales o a decisiones que sean contrarias a precedentes vinculantes relativos a estos derechos de naturaleza sustantiva) que adopte el árbitro o tribunal arbitral es exclusiva de su potestad y excluyente del control constitucional. Igualmente, no aparece como correcto que «cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo» sea tutelable constitucionalmente (control constitucional), sino únicamente los derechos constitucionales de naturaleza procesal (tutela procesal y/o debido proceso), por ser aquéllos los que garantizan la obtención de una decisión (arbitral) debida (justa y equitativa) y que mínimamente (núcleo duro) toda persona se merece, en tanto ser con dignidad y al que el Estado (en tanto, su protección es su fin supremo) no puede renunciar.

En virtud del arbitraje y su autonomía y la consiguiente no interferencia de los órganos jurisdiccionales, la persona al renunciar a la justicia pública lo que hace es renunciar a su vez a la *unidad en la interpretación y aplicación del derecho* que en la función jurisdiccional se logra a través del sistema recursivo y el recurso de casación fundamentalmente (justicia única y predecible); es decir, en su contenido sustancial o de fondo (así se traten de derechos constitucionales y de precedentes vinculantes relativos a derechos de esta naturaleza), lo que resuelva el árbitro o tribunal arbitral no puede ser materia de control jurisdiccional, pues ello pulverizaría el contenido constitucionalmente protegido (núcleo) de la autonomía arbitral.

Sin embargo, a lo que no puede renunciar, y sobre lo que el Estado no puede dejar de ejercer control (jurisdiccional) en tanto sea invocado por la parte interesada, es en lo relativo a la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales que sirven de instrumento para la exis-

tencia de un proceso racionalmente justo y equitativo (derechos fundamentales procesales).

En otras palabras, sea cual fuere la decisión del árbitro o tribunal arbitral, tal decisión será constitucionalmente válida si es que la misma ha sido producto de un proceso justo y equitativo (debido proceso) de la observancia de los derechos constitucionales procesales y de los precedentes vinculantes relativos a derechos constitucionales de tal naturaleza y no de «cualquier derecho constitucional».

Esta posición resulta congruente no sólo con la autonomía del arbitraje, sino con la propia naturaleza disponible de los derechos y/o situaciones jurídicas que son materia de sometimiento de arbitraje. Así como las partes son libres de disponer de sus derechos que tengan tal naturaleza (en virtud a ello sus titulares pueden transferir, donar, regalar, transigir, etc.), también —se entiende— que pueden válida y legítimamente someter la determinación y declaración de sus derechos a un árbitro (o tribunal arbitral) y admitir lo que éstos decidan para bien o para mal con relación a sus intereses, y el Estado no puede intervenir sobre tal disposición de derechos e intereses propios de las partes. Pretender que el Estado se inmiscuya en esta potestad otorgada por las partes y pretenda «enmendar» error de interpretación o aplicación del derecho por los árbitros importaría violar el derecho a la libertad contractual y de contratación de las personas, base fundamental en un Estado democrático y social de derecho.

Finalmente, cabe precisar que la advertencia del «recurso de anulación de laudo» como vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela constitucional de los derechos a la tutela procesal y/o el debido proceso ha sido, a su vez, ratificada por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante del caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (de la sentencia n.º 0142-2011-PA/TC de fecha 21 de septiembre de 2011), así como el precedente vinculante del caso Elgo Ríos Núñez (Sentencia n.º 2383-2013-PA/TC de fecha 12 de mayo de

2015), habiendo el Tribunal Constitucional determinado los casos específicos en las que procede la demanda de amparo para los efectos del control constitucional del arbitraje.

Al respecto, en el referido precedente vinculante del caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (sentencia recaída en el expediente n.º 00142-2011-PA/TC), el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

Supuestos de Improcedencia del amparo arbitral:

- a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572), constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.
- b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aún cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.
- c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65 e inciso 1 del artículo 73 de la Ley n.º 26572, respectivamente.
- d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter

indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (decreto legislativo que norma el arbitraje, artículo 63 [incisos «e» y «f»]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65 [inciso 1] y 73 [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).

- e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Supuestos de procedencia del amparo arbitral:

No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

Así —en suma—, el control constitucional del arbitraje no sólo lo ejercen los órganos especializados en justicia consitucional (juzgados y salas constitucionales y Tribunal Constitucional), ni tampoco se ejerce a través de los procesos constitucionales de la libertad, sino también los jueces del Poder Judicial (Sala Comercial o Civil de la Corte Superior como primera instancia y Sala Civil de la Corte Suprema como instancia de casación) están llamados para ejercer tal control constitucional con motivo del conocimiento del recurso de anulación de laudo cuando en este proceso los justiciables hayan invocado la vulneración del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y/o el debido proceso.

Y en cuanto al control de legalidad, es el Poder Judicial el competente para ejercer tal control y únicamente mediante el recurso de anulación de laudo a través de sus órganos jurisdiccionales competentes. No hay otras formas de control jurisdicción del arbitraje (o más específicamente del laudo arbitral y su efectividad), si no es a través del recurso de anulación de laudo y del proceso constitucional de amparo, fundamentalmente.

Así, en el conocimiento de un proceso de ejecución de laudo arbitral, los jueces a cargo de este proceso (jueces especializados en lo

comercial o, en su defecto, jueces civiles) no pueden ejercer tal control, su función está destinada única y exclusivamente a realizar actos de ejecución de lo ordenado por el tribunal arbitral en el laudo. Los actos de estos órganos jurisdiccionales son actos de intervención para complementar al arbitraje a fin de que la justicia arbitral llegue a su finalidad, no para dejar sin efecto el laudo en caso de advertir alguna causal de anulación o inconstitucionalidad del mismo. Cualquier control respecto de la validez y eventual efectividad del laudo arbitral se efectúa únicamente a través de los referidos procesos: recurso de anulación de laudo y proceso de amparo.

Como lo dispone el artículo 3 de la Ley de Arbitraje:

[...]

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este decreto legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Asimismo, el artículo 68 de la ley es también claro al regular la ejecución judicial del laudo y disponer que:

[...]

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.

A manera de conclusión, se puede afirmar que al Poder Judicial le compete el ejercicio del control de legalidad y el de constitucionalidad del arbitraje y, en ambos casos, lo ejerce únicamente mediante el «recurso de anulación de laudo». Y, a los órganos que conforman la justicia constitucional (juzgados y salas constitucionales y Tribunal Constitucional) les corresponde exclusivamente el control constitucional del arbitraje mediante el proceso de amparo, fundamentalmente.

5. LÍMITES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE

La autonomía del arbitraje no es ni puede ser absoluta. El respecto de la legalidad, del convenio arbitral y la eficacia del derecho a la tutela procesal y el debido proceso, y la protección de la persona humana y el respeto de su dignidad exigen necesaria e inevitablemente la intervención contralora del Estado sobre el arbitraje a través de los órganos y procesos jurisdiccionales establecidos por ley.

Sin embargo, tal poder contralor que el Estado ejerce a través de sus órganos jurisdiccionales tampoco puede ser ilimitado al contrario, tal control tiene límites congruentes con el principio de autonomía del arbitraje, de la Constitución y plasmado concretamente en las leyes de desarrollo (Ley de Arbitraje y Código Procesal Constitucional), como lo veremos más adelante.

Es preciso aclarar también que la ley, regulando cada una de las dos formas de control jurisdiccional del arbitraje (el «recurso de anulación de laudo» y el «proceso constitucional de amparo», fundamentalmente), establece los límites específicos de cada uno de dichas formas de con-

trol, por lo que en este punto expondremos, en todo caso, los límites generales aplicables a estas dos formas de control, a saber:

- a) El control jurisdiccional del arbitraje es siempre posterior al laudo, es *ex post* laudo y no *ex ante* laudo. Por ello, la intervención contralora del Estado es *in stricto* un «control jurisdiccional del laudo arbitral» y su efectividad, y no sobre todo el arbitraje. Tal control no existe antes de la expedición del laudo arbitral. Está prohibido, por ejemplo, toda forma de control sobre el procedimiento de la instalación del tribunal arbitral sobre la determinación de su competencia una vez instalado el tribunal, sobre los poderes y facultades que en el trámite del procedimiento arbitral pueda ejercer el tribunal arbitral como son la actuación de medios probatorios de oficio, la incorporación o no incorporación de terceros al procedimiento arbitral. Todo intento de intervención jurisdiccional al respecto debe ser rechazado por todos los jueces de la República, pues ello vulnera la autonomía constitucional de la justicia arbitral, así como los principios de *kompens-kompetenz* y la independencia de los árbitros. Pueda que en el procedimiento arbitral el tribunal arbitral afecte el debido proceso o vulnere algún derecho reconocido en la ley o en la Constitución, empero cualquier control sobre la actividad arbitral es siempre posterior a la expedición del laudo, de ninguna manera antes. Todo ello garantiza el principio de la autonomía del arbitraje.

Pues bien, no obstante todos estos casos de vicios o errores en el procedimiento arbitral, el control jurisdiccional del arbitraje es siempre posterior al laudo. Primero se espera que el tribunal arbitral decida sobre el fondo del asunto litigioso y luego —de ser el caso— procede el control de la jurisdicción sobre él. No antes. Imagínense si ello no fuera así, fácilmente se darían situaciones en las que una de las partes contendientes o terceros pondrían en movimiento este mecanismo de control con el

propósito de evitar que el arbitraje arribe a su fin (la solución del caso a través del laudo arbitral) y con ello se pondría en peligro la utilidad y eficacia práctica del arbitraje y, por ende, su autonomía.

A este respecto, la Ley de Arbitraje dispone:

Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Al respecto, en la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje se lee con respecto a este límite del control jurisdiccional se da ante: «[l]a preocupación que actualmente existe en el medio acerca de la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje. Así, contempla la protección del arbitraje frente a toda clase de interferencias [...]. El control jurisdiccional se mantiene, pero se orienta a un control *ex post* del laudo y no a un control *ex ante* del laudo que frene u obstruya el desarrollo del arbitraje. Con ello se libera al arbitraje de trabas durante su tramitación, pero respetando la facultad del sistema judicial de velar por el cumplimiento de la ley y el derecho de defensa de las partes».

En suma, la autonomía del arbitraje implica que existiendo convenio arbitral o durante el desarrollo del arbitraje ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que, de cualquier manera, impida el inicio del arbitraje o que lo suspenda o impida su continuación. En el ejercicio de su independencia y la función arbitral, sin incurrir en ninguna forma de responsabilidad, los árbitros tienen competencia para instalarse como tribunal arbitral, dar inicio al proceso y continuarlo, examinar su competencia y dictar el laudo. El arbitraje sólo está sujeto a control jurisdiccional posterior y ordinariamente mediante el recurso de anulación de laudo. Cualquier intervención judicial o administrativa distinta y anterior al laudo conducente a ejercer un control o a interferir en el ejercicio de las funciones arbitrales está sujeta a responsabilidad y no obliga a las partes ni a los árbitros.

Asimismo, el Tribunal Constitucional también ha sentado dicho que:

Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial,

conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previsto en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que, tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.³⁷⁹

- b) El control jurisdiccional del arbitraje nunca recae sobre el fondo del asunto litigioso, sino sobre aspectos de legalidad o vulneración de derechos fundamentales. Y, respecto a los derechos fundamentales, únicamente en relación a la violación del derecho a la tutela procesal y/o el debido proceso, toda vez *in stricto* el control jurisdiccional es sobre el laudo y no antes de él. Es un control jurisdiccional del laudo arbitral. La expedición del laudo es fuero exclusivo del tribunal arbitral, la actividad contralora de los órganos jurisdiccionales de ser estimada, es únicamente una de naturaleza nulificante y no revocatoria; y, ello es así, por cuanto si las partes optaron en el ejercicio de su autonomía de la voluntad a que el asunto litigioso sea resuelto por este mecanismo alternativo de solución de conflictos, mantienen intacto ese derecho fundamental (derecho a la justicia arbitral) aun cuando el órgano jurisdiccional haya amparado la pretensión de control sobre el arbitraje, y la única manera de garantizar la autonomía del arbitraje es dándole alcance a la actividad nulificante al control jurisdiccional y no revocatoria.

³⁷⁹ STC n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 14. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

A este respecto el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que:

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.³⁸⁰

Como afirman al respecto Lourdes Flores Nano y Raffo Velásquez Meléndez:

Eso implica que los órganos judiciales sólo deben advertir el vicio; su corrección corresponderá a los órganos arbitrales. Con ello, se ratifica la exclusiva competencia de estos últimos para resolver las controversias y llevar adelante los procesos arbitrales [...].³⁸¹

Al respecto, la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la

³⁸⁰ STC n.º 0142-2011-PA/TC, fundamento jurídico n.º 21 *in fine*. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>.

³⁸¹ FLORES NANO, Lourdes y RAFFO VELÁSQUEZ MELÉNDEZ. En *El amparo de terceros contra el arbitraje. Corrección de algunos males usos del arbitraje*. Lima: Gaceta Constitucional-Gaceta Jurídica, noviembre 2013, tomo 71, p. 253.

decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Una vez más, este límite al control jurisdiccional encuentra fundamento en la autonomía del arbitraje y la exclusiva competencia que el tribunal arbitral tiene para resolver el asunto litigioso en su cuestión de fondo. Ergo, significa ello que la autonomía de la justicia arbitral y el derecho fundamental de los contratantes a la justicia arbitral tiene como contenido esencial el derecho de los justiciables de esperar que sean los propios árbitros los que en forma exclusiva y excluyente se pronuncien sobre el fondo del asunto litigioso. Esta potestad de los árbitros está fuere de control por parte de la jurisdicción.

- c) El control jurisdiccional del arbitraje se da siempre con base en determinadas causales taxativas previstas en la ley. Ello en aras del aseguramiento del principio de autonomía del arbitraje y de la no interferencia jurisdiccional, pero también teniendo en cuenta la función contralora de la jurisdicción en aras de la unidad de la justicia. Tales causales específicas se encuentran tipificadas, dependiendo del tipo de proceso destinados al cumplimiento de dicha función de control, ya sea para el control de legalidad en el arbitraje o ya sea en el control de constitucionalidad de esta institución.

Así, al respecto, la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
 - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
 - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
 - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
 - g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.
 3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
 4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.
 5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con

las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.
8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

Asimismo, en cuanto al control de constitucionalidad del arbitraje, el Tribunal Constitucional ha establecido en un reciente precedente vinculante (Sentencia n.º 00142-2011-PA/TC de fecha 21 de septiembre del 2011, caso Minera María Julia) reglas tanto para la procedencia como para la improcedencia de la demanda de amparo.

Supuestos de Improcedencia del amparo arbitral:

- a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.

- b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales, aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.
- c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65 e inciso 1 del artículo 73 de la Ley n.º 26572, respectivamente.
- d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (decreto legislativo que norma el arbitraje, artículo 63 [incisos «e» y «f»]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65 [inciso 1] y 73 [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).
- e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

- d) El control jurisdiccional del arbitraje nunca es de oficio sino a instancia de parte. Este límite garantiza una vez más la autonomía del arbitraje. El artículo 63 de la Ley de Arbitraje dispone que: «1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]».

Sin embargo, resulta necesario precisar —en palabras de Esteban Alva Navarro— que:

[e]xiste también otro grupo de causales de anulación sobre las cuales el juez revisor puede pronunciarse sin necesidad de alegación previa de las partes, esto es, por iniciativa propia o *de oficio*. El privilegio que acompaña a estas causales, se entiende que tiene su origen en el hecho de que ellas involucran no solo intereses particulares de las partes intervinientes en el arbitraje, sino que trascienden el punto de afectar intereses de la colectividad o del Estado sede.

Por regla general, las distintas legislaciones contemplan dentro de este grupo a dos causales de anulación: el pronunciamiento sobre materias inarbitrables y la violación del orden público. No obstante, como ya hemos tenido oportunidad de apuntar, la segunda de estas dos situaciones ha sido dejada fuera del proceso de revisión judicial del arbitraje por nuestro legislador para el caso de los laudos nacionales, en un claro intento de blindar hasta el extremo la práctica del arbitraje doméstico. Como consecuencia de ello, la riqueza que en otros ordenamientos ha generado, tanto a nivel jurisdiccional como doctrinario, la tutela del orden público interno, como criterio de control judicial del arbitraje, no ha encontrado reflejo en nuestro derecho, en donde la vinculación del orden público con el arbitraje no ha sido casi estudiada.

Pero, sea como fuere, los motivos de anulación de los cuales puede servirse de oficio el juez revisor para los laudos locales, en nuestro sistema de revisión judicial del arbitraje, han quedado reducidos sólo a uno: el pronunciamiento sobre materias que no son pasibles de arbitraje. Es éste el único camino que puede recorrer por iniciativa propia el juez que conoce el recurso de anulación [...].³⁸²

³⁸² ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011, primera parte, vol. 14, 2011, pp. 181-182.

También tratándose del proceso de amparo el artículo 39 del Código Procesal Constitucional dispone que: «El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo». Aunque existe en la ley mayor flexibilidad y favorecimiento al demandante y al proceso de amparo en virtud de los «principios *favor processus, pro homine, pro actione y pro libertatis*».

Así, según el artículo 40 del Código dispone que:

El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada. Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos. Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Asimismo, el artículo 41 admite la figura de la procuración oficiosa al disponer que:

Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando ésta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

- e) El control jurisdiccional del arbitraje está sujeto a un plazo de extinción. La interposición de la demanda para tales propósitos está sujeto a un plazo de extinción. En el ordenamiento jurídico, ordinariamente el ejercicio jurisdiccional de los derechos, se extinguen mediante la prescripción, la caducidad u otra forma de extinción que importe el mero transcurso del plazo en un tiempo determinado previsto en la propia ley. Sin embargo, existen situaciones específicas que la propia ley prescribe a su vez como imprescriptibles. El control jurisdiccional del arbitraje sin embargo no forma parte de dichas situaciones específica. El ejercicio de dicho control mediante la demanda correspondiente, se extinguen también por el solo transcurso del tiempo.

El artículo 64 de la Ley de Arbitraje dispone al respecto que:

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

A este respecto, Gonzalo García-Calderón Moreyra, comentando esta disposición normativa, manifiesta que:

En efecto, en cuanto a la tramitación del recurso de anulación, la LGA³⁸³ disponía que debía interponerse dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral de primera instancia o en su caso el laudo arbitral de segunda instancia, directamente ante la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje. El segundo pá-

³⁸³ El autor se refiere a la derogada Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572).

rrafo señalaba que cuanto se hubiere solicitado corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez (10) días de notificada la resolución correspondiente.

Existe aquí un primer cambio, pues la novísima norma³⁸⁴ dispone que el recurso de anulación se deberá presentar dentro de los veinte (20) días siguientes de la notificación del laudo y existiendo rectificación, integración, interpretación o exclusión, el referido recurso se presentará dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión que resuelve estas cuestiones o, una vez vencido el plazo para su resolución sin que el tribunal arbitral haya emitido pronunciamiento.³⁸⁵

Asimismo, en el caso del proceso de amparo, el Código Procesal Constitucional prescribe que:

Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:

³⁸⁴ Se refiere al autor a la vigente Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071).

³⁸⁵ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Ver el comentario en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.), Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, tomo I, p. 723.

1. El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.
2. Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.
3. Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.
4. La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
5. Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.
6. El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

CAPÍTULO IV

ESTADO CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE (1): LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

1. FORMACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: DEL ESTADO LEGAL DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

En el presente capítulo trataremos acerca del fenómeno de la constitucionalización de los derechos y del arbitraje en particular como una de las manifestaciones también del Estado constitucional. En dicho propósito será necesario hurgar en principio —y aunque sea de manera muy escueta— la formación, fundamentos y características del Estado contemporáneo, es decir, del denominado por la doctrina como Estado constitucional de derecho o, simplemente, Estado constitucional. Ello resulta muy importante por cuanto el control constitucional de los actos públicos y privados y, por ende, también del arbitraje, es una de las características propias del Estado constitucional y no del Estado de derecho clásico o liberal. El control constitucional del arbitraje sólo opera en el Estado constitucional de derecho.

Ahora bien, ya adentrándonos respecto a la formación del Estado Constitucional hemos de iniciar afirmando que antes del Estado contemporáneo eran los Estados absolutistas, imperantes durante toda la Edad Media y Moderna en las que el Estado y el poder estaban representados en la figura absoluta del rey o monarca. «El Estado soy yo», se atribuye que dijo el rey de Francia, Luis XIV, mediante la cual representaba el absolutismo de su poder.

En este período, prácticamente, los derechos de los ciudadanos o del pueblo no existían, sino únicamente lo que habían eran concesiones

o gracia de parte del rey o monarca como consecuencia de rebeliones especialmente de la emergente clase burguesa.

Frente a ello, fruto de los grandes movimientos y revoluciones liberal-burguesas de los siglos XVII, XVIII y XIX (Inglaterra, Estados Unidos de América y Francia), surge el Estado de derecho con su cimiento ideológico-político y jurídico de los actuales Estados que rigen en casi todos los países del orbe.

Este Estado sustentado en sus inicios en los principios ideológicos del liberalismo que tenían como principios filosófico-jurídicos la libertad e igualdad de los ciudadanos, así como la separación y equilibrio de poderes, diseñados por Locke y Montesquieu, encuentra su justificación ya no en la figura de un individuo como era el rey, sino en la doctrina de la soberanía popular, el cual expresa su voluntad a través de la Asamblea Constituyente (poder constituyente) y la hace efectiva a través del Parlamento (poder constituido) y la ley. Así, el Parlamento y la ley devienen como únicas legitimadas para expresar la voluntad del soberano (el pueblo).

Como bien señala Luigi Ferrajoli:

El Estado de derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo.³⁸⁶

Así, el Estado legislativo o Estado legal de derecho estaba caracterizado en que la ley era la máxima expresión del derecho, la que de por sí garantizaba la libertad y la igualdad de los ciudadanos; y, por lo tanto,

³⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. «Pasado y presente del Estado de derecho». En *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Edición de Miguel Carbonell-Edit. Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, p. 16.

la ley era sacrosanta, estaba por encima de las demás producciones del derecho, entre ellos la de los jueces y su jurisprudencia. A los jueces les correspondía únicamente aplicar la ley y tenían como único método de interpretación la exégesis. En esta época son clásicas también las palabras de Montesquieu, en el sentido de que «los **jueces de la nación** no son [...] más que la **boca** que pronuncia las palabras de la **ley**, seres inanimados, sin vida que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes».³⁸⁷

Como bien afirma Gustavo Zagrebelsky:

En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, la idea de *Rechtsstaat*, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la administración.³⁸⁸

Ahora, si bien en esta época (la del Estado legal de derecho) aparecieron las primeras constituciones; sin embargo, éstas se caracterizaban en que las mismas eran, básicamente, cartas políticas (*Constituciones Políticas*, como tal nombre mismo lo expresa), que consagraban la estructura y separación de los poderes del Estado y un catálogo de derechos

³⁸⁷ MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. 112.1. Madrid: Edit. Tecnos, 1995 [1748].

³⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 2008, 8.ª edición, p. 23.

de los ciudadanos sustentados en los principios de libertad e igualdad formal. Estos primeros derechos fundamentales eran los referidos a los ciudadanos y a la relación entre éstos y el Estado (derechos políticos). Estos derechos llamados de «primera generación» representaban la relación básica o vertical entre el Estado y los ciudadanos y ordenaban básicamente al Estado «deberes u obligaciones de no hacer (dejar hacer y dejar pasar)». Eran libertades negativas en relación con las cuales el Estado, básicamente, se obligaba a no entorpecer tales derechos.

En este período, ciertamente, aparece la constitucionalización de los primeros derechos (civiles y políticos), mas ésta es una constitucionalización correspondiente al constitucionalismo clásico o liberal en la que no existe aún un sistema de garantías de la eficacia de tales derechos a partir de la propia Constitución, sino a través de las propias leyes mediante procesos jurisdiccionales ordinarios. Tampoco se reconocen otros derechos de grupos, colectivos o clases sociales que en la realidad no encontraban sustento en los aludidos principios fundantes del Estado liberal. No existía un mecanismo jurídico ni judicial que garantizase los derechos fundamentales propios reconocidos expresamente en la Constitución. Por lo tanto, si la ley no las desarrollaba entonces tales derechos reconocidos eran meras aspiraciones ideológicas y programáticas.

Ya más adelante, con el auge de la industria y de los grandes capitales, en el siglo XIX surge una nueva clase social: el proletariado o clase obrera que frente a la burguesía o capitalistas comienzan por la lucha de sus derechos e intereses de clase, por cuanto los clásicos principios liberales de libertad e igualdad resultaban insuficientes e ineficientes para paliar la desigualdad real existente entre ambas clases sociales. Es así que se inician grandes movimientos y luchas sociales en pos de la reivindicación de los derechos sociales, económicos y laborales de esta nueva clase social. Estos nuevos derechos encontraron expresión jurídica en las Constituciones de Weimar de 1919 y la de Querétaro de 1917. Surgen así los conceptos de derecho social y Estado social de derecho

en contraposición a los de derecho y Estados liberales. Se da con ello la constitucionalización de nuevos derechos (llamados derechos de segunda generación) como los derechos económicos, sociales y laborales, que antes se encontraban reconocidos a nivel legislativo.

Ahora bien, en el plano político-ideológico surgen movimientos y revoluciones llamadas del proletariado (clase obrera) que no sólo aspiran (con la ideología del comunismo) reivindicaciones constitucionales y jurídicas, sino la toma del poder a través de la revolución, pues arguyen que el Estado de derecho tiene cimientos liberales (libertad e igualdad) y el sistema democrático lo que hace es legitimar o formalizar el poder del capitalismo. Es así que en muchos países del orbe (China, ex URSS, Albania, Alemania, Cuba, etc.) lograr instaurar los Estados comunistas o socialistas que ponen geopolíticamente en «jaque» al bloque de los países democráticos sustentados en el Estado de derecho.

Es así que con motivo de la culminación de la Segunda Guerra Mundial (a mediados del siglo xx) aparecen nuevas luces ideológicas a fin de fortificar el Estado de derecho. Las reivindicaciones de los llamados derechos de segunda generación no podían por otro lado ser desoídos. El Estado legal de derecho devenía en ineficiente en la protección de los derechos fundamentales se presentó la necesidad de reconocer nuevos derechos constitucionales.

En el plano político, los grupos socialistas y comunistas pretenden aprovechar la crisis del Estado capitalista (antes liberal-burgués) y socavar desde sus cimientos a través de los mecanismos democráticos mismos, pues una de las formas de «tomar» el poder era a través del voto mismo. Frente a ello se presenta la necesidad de limitar a la democracia misma, pero no a través de la ley o el Parlamento, sino a través de la Constitución.

Surge así toda una construcción teórico-ideológico en respaldo de la supremacía de la Constitución, sobre todo el ordenamiento jurídico: el *neoconstitucionalismo*, el cual no es sino una forma de constituciona-

lismo contemporáneo que sin dejar los fundamentos liberales del Estado de derecho inicia, sin embargo, todo un camino de incorporación, reconocimiento y garantía de una serie de derechos enarbolados por el constitucionalismo social.

Asimismo, garantiza que tales derechos fundamentales (liberales y sociales) queden asegurados a través de de constituciones rígidas y de mecanismos de control constitucional (Tribunal Constitucional), de modo tal que ni la voluntad popular pueda modificarlos.³⁸⁹

³⁸⁹ Se debe a Susanna Pozzolo el haber acuñado el término *neoconstitucionalismo* «para denominar un cierto modo de *anti*-iuspositivista de aproximarse al derecho: una aproximación que no parece ni *iusnaturalista* ni *post*-positivista; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios *vs.* reglas, ponderación *vs.* subsunción, Constitución *vs.* legislación, judicial *vs.* legislativo. La oposición entre principios y reglas, constantemente rebatida en la literatura neoconstitucionalista, sí ha servido para subrayar la distancia con el positivismo jurídico, al mismo tiempo que ha permitido la apertura de una mesa analítica de discusión que ha contenido las tendencias metafísicas de las primeras elaboraciones y suscitado interesantes reflexiones sobre el razonamiento jurídico. Como es sabido, mientras las reglas se caracterizan por construirse sobre datos formales; y, por tanto, tienen un *pedigree* que les permite un control de validez, los principios derivan su validez de la importancia, de la razonabilidad, de vehicular valores y otras características similares. El derecho del Estado constitucional se distancia del legalista justamente por la presencia de los principios. Se trata de una mutación “genética”, que parte del Estado de derecho decimonónico y llega hasta el Estado constitucional de derecho.

La oposición entre ponderación y subsunción depende de la peculiar naturaleza y papel de los principios del sistema jurídico. Mientras la subsunción, considerada —erróneamente o con razón— como propia del *iuspositivismo*, estaría pensada y concebida para un derecho formado exclusivamente por reglas, la ponderación —que no emplea instrumentos estrictamente deductivos, sino sólo los más dúctiles instrumentos equitativos, o de razonabilidad práctica— sería la propia de un derecho compuesto (también y sobre todo) por principios (especialmente penetrantes). Si bien no hay una definición unívoca, la ponderación puede ser por ahora entendida como una técnica dirigida a equilibrar los valores incorporados por el derecho, teniendo en cuenta las necesidades de justicia que surgen en cada caso concreto.

La Constitución no es, simplemente, un nivel más en la pirámide. Está pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legisla-

Así, como afirma Miguel Carbonell:

El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo, a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Son ejemplos de este tipo de Constituciones los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después.³⁹⁰

Surge así el Estado constitucional de derecho (o, simplemente, Estado constitucional), basado ya no en la supremacía de la ley ni del Parlamento, sino, básicamente, en la supremacía de la Constitución y la de los jueces. Se presenta, a su vez, el fenómeno de la constitucionalización de casi todas las áreas del derecho, como única forma jurídica de reivindicación y efectividad de los derechos de todas las clases y colectivos sociales en una sociedad democrática.

En suma, como apunta acertadamente Marina Gascón Abellán:

[s]uele decirse que el Estado constitucional es un estadio más de la idea de Estado de derecho; o mejor, su culminación: si el Estado legislativo de derecho había supuesto la sumisión de la adminis-

ción. Su contenido literal pierde fuerza vinculante para el intérprete en favor de una aproximación moral [...].

La oposición entre jurisdicción y legislación se traduce en la juridificación de toda cuestión política: no queda espacio libre para la voluntad del legislador. Con una constitución que encamina al legislador, que lo guía y dirige, es decir, con una Constitución sustancialmente regulativa, el Poder Legislativo no sirve más que traducir en normas los principios superiores; en este caso, el Poder Judicial puede sustituirlo sin ninguna usurpación de poder ya que se trata de una mera aplicación. La democracia se expresa —o, más bien, se sublima— a través de la aplicación de los valores enunciados en el texto fundamental». (POZZOLO, Susanna. «Notas al margen para una historia del neconstitucionalismo». En *Neconstitucionalismo, derecho y derechos*. Susanna Pozzolo (ed.). Lima: Palestra Editores, 2011, pp. 16-18).

³⁹⁰ CARBONELL, Miguel. «Nuevos tiempos para el constitucionalismo». En *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid: Edición de Miguel Carbonell-Trotta, 2003, p. 9.

tración y del juez al derecho, y en particular a la ley, el Estado constitucional de derecho supone que también el legislador viene sometido al derecho, en este caso a la Constitución. Podría decirse, pues, que el Estado constitucional de derecho incorpora, junto con el principio de legalidad, el principio de constitucionalidad [...].³⁹¹

Luigi Ferrajoli describe el Estado constitucional de derecho como un nuevo paradigma que tiene su origen en el Estado legislativo de derecho. Afirmar que:

Si este primer cambio de paradigma del derecho se produjo con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente, un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma —garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad— a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Lo que se ha traducido también en tres alteraciones del Estado legislativo de derecho, en los mismos planos en los que se había verificado el precedente.

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de su contenido con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

³⁹¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. «Justicia constitucional: Invasión del ámbito político». En *La ciencia del derecho procesal constitucional*. (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho). Ferrer MacGregor, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.). Teoría general del derecho procesal constitucional). Lima: Grijley, 2009, tomo 1, p. 576.

Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el Estado constitucional de derecho, la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falte.

Hay, finalmente, una cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo rígido. La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa [...].³⁹²

³⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.*, pp. 18 y 19.

2. CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional de derecho sustentado en la ideología del neoconstitucionalismo³⁹³ y expresado jurídicamente en el fenómeno indecible de la (neo)constitucionalización de los derechos³⁹⁴ cuenta con características particulares que permiten identificarlo y distinguirlo de su antecesor Estado legal de derecho, a saber:^{395 396}

³⁹³ Al respecto, Luis Prieto Sanchis afirma que: «Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces, también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican a un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica. Creo que son tres las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada». En *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Edición de Miguel Carbonell-Trotta, 2003, p. 123.

³⁹⁴ Susanna Pozzolo afirma al respecto que: «Esta perspectiva constitucional contribuye al fenómeno que ha sido denominado como “constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Con ello me refiero a un proceso dirigido a tornar la Constitución particularmente penetrante y capaz de condicionar sea a la legislación, a la jurisprudencia y a los actores políticos. La Constitución, en suma, asume la labor de remodelar las relaciones sociales y no más aquél de preservar el máximo de legalidad». Ver en: *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 69.

³⁹⁵ Respecto a tales características recogemos lo expuesto por el profesor Javier Cabrera Leonardini, en: <http://fderecho.wordpress.com/2009/10/23/el-estdo-constitucional-de-derecho-y-la-vigencia-de-los-valores-en-el-ordenamiento-juridico/>.

³⁹⁶ En el mismo sentido, Riccardo Guastini se refiere a las condiciones de la constitucionalización en el Estado constitucional de derecho, presentando una lista de siete condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como «impregnado» por las normas constitucionales; a saber: «1° Una Constitución rígida; 2° La garantía jurisdiccional de la Constitución; 3° La fuerza vinculante de la Constitución; 4° La “sobreinterpretación” de la Constitución; 5° La aplicación directa de las normas constitucionales; 6° La interpretación conforme de las leyes; y, 7° La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas». Ver en tal sentido,

2.1. Separación y control de poderes

A diferencia del Estado legal de derecho, donde se hacía la distinción clásica entre los poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial, en el Estado constitucional de derecho, la denominada separación de poderes se da en forma distinta. Si bien es cierto en ambos casos se mantiene la división primaria y fundamental entre el poder constituyente y los poderes constituidos, y en la que el Parlamento se atribuía la representatividad de la soberanía popular, en el Estado constitucional de derecho no se permite a ningún poder la facultad de tomar decisiones absolutas, ya que la validez de las mismas va a depender de su adecuación con la Constitución. Todos los poderes del Estado, e incluso de los particulares, deben ejercerse dentro de los límites fijados por la Constitución, siendo los tribunales constitucionales los que jurídicamente tienen la misión de mantener y defender jurisdiccionalmente la constitucionalidad al resolver los conflictos entre los poderes constitucionales del Estado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

[Q]ue conforme a los artículos 3 y 43 de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado democrático y social de derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado democrático y social de derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.

a: GUASTINI, Riccardo. «La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: Caso italiano». En *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Edición de Miguel Carbonell-Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, pp. 49-58.

Sin embargo, la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los poderes del Estado regulados por la norma suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes.

El principio de separación de poderes persigue pues asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros; pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38, 45 y 51).

Por lo tanto, queda claro que el principio de separación de poderes no sólo resulta un parámetro del Estado destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que lo conforma, sino que, de acuerdo con su evolución, actualmente también implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones.³⁹⁷

2.2. Carácter normativo y vinculante de la Constitución y su supremacía sobre la ley y, sobre todo, el ordenamiento jurídico

En el Estado legal de derecho, el derecho era identificado con la ley o con las normas dictadas en función de una ley. Incluso, hasta los mismos derechos constitucionales, pues con relación a ellos no se conocían remedios a sus posibles contravenciones por parte de los poderes públicos. Sólo al Parlamento, en cuanto representaba la soberanía popular, en el desarrollo de su función legislativa se le reconocía competencia para interpretar de la Constitución.

En el Estado constitucional de derecho no sucede esto. Al elevarse la Constitución al mundo de las normas jurídicas vinculantes e incorporar el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y,

³⁹⁷ STC n.º 0005-2006-AI/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 12-15. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI.html>.

sobre todo, el ordenamiento jurídico se origina la consiguiente anulación de las normas en la medida que en su totalidad o, en algunos de sus preceptos, no se adecúen a la norma constitucional. Esta primacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, en primer lugar, en la doctrina adoptada por Kelsen y hoy generalmente admitida, según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación a través de la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución, es decir, en el Estado constitucional de derecho, todo el orden jurídico deriva de la Constitución y queda legitimado por su concordancia directa o indirecta con la Constitución.

En el Estado constitucional de derecho, la Constitución es elevada al mundo de las normas jurídicas y, por ende, gozan de exigibilidad en todo su contenido. Como bien afirma Enrique Álvarez Conde: «[l]a Constitución es una norma de aplicación directa, es auténtico derecho».³⁹⁸

La Constitución deja de ser política y deviene en una norma del sistema jurídico y, por ende, vinculante tanto para el Estado como para todos los particulares. Pero no la Constitución, no es cualquier norma del sistema jurídico, no es sólo la norma fundante, sino la suprema en todo el ordenamiento jurídico.

Se incorpora, de este modo, el «principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, sobre todo, el ordenamiento jurídico», se origina la consiguiente anulación y expulsión del ordenamiento jurídico de las normas en la medida que, en su totalidad o en algunos de sus preceptos, éstas no se adecúen o se opongan a la norma constitucional.

Esta supremacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, en primer lugar, en la doctrina adoptada por Kelsen, y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, ini-

³⁹⁸ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1999, vol. 1, p. 162.

ciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación a través de la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución, es decir, en el Estado constitucional de derecho, todo el orden jurídico deriva de la Constitución y queda legitimado por su concordancia directa o indirecta con la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha establecido al respecto que:

9. La Constitución, en la medida que contiene normas jurídicas, es fuente del derecho. Como bien expone Francisco Balaguer Callejón: La Constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas (Balaguer Callejón, Francisco. *Fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1992, tomo II, p. 28).

La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de normas; y, por tanto, la producción misma del ordenamiento normativo estatal.

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de derecho y como fuente de fuentes [...].

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38 y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-de-recho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución).

En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica —en directa contravención de sus artículos 38, 45 y

51—, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del derecho y serían tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla (Caso Ley de la Barrera Electoral, expediente n.º 00030-2005-PI, fundamentos jurídicos n.ºs 40 y 42).³⁹⁹

2.3. Fuerza normativa de la Constitución y su obediencia por la totalidad de los poderes públicos y de los particulares

Es propio del Estado constitucional de derecho que todos los poderes públicos, particularmente los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén sujetos a la Constitución, es decir, que actúen dentro de los límites fijados por la Constitución sin invadir la esfera de autodeterminación de las personas y la de autorregulación de la sociedad. También le señala la Constitución a cada uno de ellos sus límites frente a las competencias atribuidas a los demás órdenes constitucionales.

Pero la subordinación a la Constitución no solamente alcanza a las entidades públicas, sino que se hace extensiva a los particulares, quienes en su facultad autorreguladora tienen la obligación de respetar los preceptos constitucionales y, en su calidad de ciudadanos, deben obligatoriamente defender la Constitución.

A este respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que: «La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y ‘lo constitucional’ derivará de su incorporación en la Constitución». (Caso Villanueva Valverde, STC n.º 0168-2005-PC/TC, fundamento n.º 3).⁴⁰⁰

³⁹⁹ STC n.º 00047-2004-PI/TC, fundamento jurídico n.º 9. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>.

⁴⁰⁰ LANDA ARROYO, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 123.

Asimismo, con respecto a la supremacía constitucional ha dicho que: «[t]odos los poderes constituidos están por debajo de la Constitución; de ahí que se pueda señalar que *lex superior*; y, por tanto, obliga a todos por igual, tanto a gobernantes como gobernados, incluida la administración pública, tal como lo ha señalado este Tribunal Constitucional en sentencia anterior». (STC n.º 0042-2004-PI/TC, fundamento n.º 8).⁴⁰¹

2.4. Rigidez constitucional

Este carácter del Estado constitucional de derecho importa que la Constitución, por ser la norma fundamental de toda sociedad organizada, debe ser estable, de modo que sea capaz de establecer los principios y valores que irradie en un tiempo duradero todo el ordenamiento jurídico-social y pueda la sociedad y la persona humana cumplir los propósitos de su existencia digna, y políticamente resulta, a su vez, necesario preservar el *statu quo* y pueda mantener el sistema económico-social y político en el poder.

De este modo, el Estado constitucional de derecho diseña un modelo rígido o casi imposible de modificación de las disposiciones constitucionales, menos su cambio. E, inclusive, establece una suerte de «candado de fuerza» incluyendo en la propia Constitución disposiciones que no pueden ser objeto de modificación constitucional, son las llamadas por la doctrina como «cláusulas pétreas o intangibles», en tanto a que llevan en sí el espíritu de la Constitución, es decir, aquéllas en las que se plasman la ideología y el sistema político del Estado. De modo que en estos extremos ni el propio poder soberano (el pueblo) pueda, incluso, derogarla a través de mecanismos democráticos establecidos.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que, no obstante que en la actual Constitución no se ha establecido límites materiales expresos para toda reforma constitucional (o cláusulas pétreas),

⁴⁰¹ LANDA ARROYO, César. *Ob. cit.*, p. 129.

sin embargo, ha reconocido la existencia de límites materiales implícitos, que

[s]on aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría «la destrucción» de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno; y, en general, régimen político y forma de Estado (STC n.º 0014-2002AI/TC, fundamento n.ºs 74-76).⁴⁰²

2.5. Control de constitucionalidad de las leyes y de todo el ordenamiento jurídico

Bien afirma Elena Highton que el control de constitucionalidad «constituye la principal herramienta de control del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional».⁴⁰³

Efectivamente, es con el mecanismo de control de constitucionalidad que el Estado constitucional de derecho asegura la supremacía constitucional. Este control constituye un mecanismo jurisdiccional a través del cual ciertos funcionarios, órganos o personas facultados por ley pueden y deben en términos generales expulsar del ordenamiento jurídico una determinada ley o norma de rango inferior que se contraponga o entre en conflicto con las disposiciones constitucionales, ya sea en la forma o en el fondo (control concentrado o abstracto), o también inaplicar una determinada ley o norma de rango inferior por ser contradictoria con la Constitución (control difuso o concreto). Es de este

⁴⁰² LANDA ARROYO, César. *Ob. cit.*, pp. 159-160.

⁴⁰³ HIGHTON, Elena I. «Sistemas concentrado y difuso del control de constitucionalidad». En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>.

modo que la supremacía de la Constitución queda garantizada de modo que no pueda tener validez ni eficacia cualquier norma que se opongan a las disposiciones de la Constitución.

Como afirma Karl Loewenstein en su *Teoría de la Constitución*, «el control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y cuando se impone frente a los detentadores del poder, es en realidad, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman ejercer su derecho de control, dejan de ser menos órganos encargados de ejecutar la decisión política, y se convierten por su propio derecho en detentadores semejantes, cuando no superiores a los otros detentadores del poder constituido».⁴⁰⁴

2.6. Establecimiento de una jurisdicción constitucional

En el Estado constitucional de derecho, al ser la Constitución una norma rematerializada con contenido de derecho sustantivo y no sólo formales, y al ser, a su vez, una norma que se erige como superior sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, resulta lógico que para la garantía y efectividad de tales características de la Constitución pueda y deba ser recurrible jurisdiccionalmente, pero no a través de procesos ordinarios, sino a través de procesos especialmente diseñados en la propia Constitución y las leyes de desarrollo.

El carácter normativo de la Constitución exige su eficacia y garantía a través de una jurisdicción constitucional a cargo de jueces especialmente capacitados para tal propósito y a través de un Tribunal Constitucional que tenga por función principal ejercer el control de constitucionalidad, tanto de las leyes como de los actos públicos, así como de los propios particulares.

⁴⁰⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970, 2.^a edición, p. 309.

Luis Prieto Sanchís expresa al respecto que:

La garantía judicial no es más que una consecuencia de tomarse en serio la fuerza normativa suprema de la Constitución: si ésta es una norma, su exigibilidad puede hacerse valer ante los órganos específicamente encargados de esa tarea, es decir, ante los jueces, que a su vez han de ostentar competencia para el control sobre las demás normas del sistema [...].⁴⁰⁵

Sin embargo, este control constitucional no sólo puede ser ejercitado a través de la jurisdicción especializada en justicia constitucional ni por el Tribunal Constitucional, ni sólo a través de los llamados procesos constitucionales de la libertad, sino también —como bien afirma Prieto Sanchís—:

Lo decisivo es por ello la aplicación directa de los derechos por parte de los jueces ordinarios, lo que significa que la Constitución desborda los límites del «mundo político» y de la relación entre los poderes para invadir el conjunto del ordenamiento.⁴⁰⁶

Finalmente, para Miguel Carbonell:

[E]n el paradigma neoconstitucional los jueces cobran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales [...]. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado antes.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Edit. Trotta, Madrid, 2013, p. 27.

⁴⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ob. cit.*, p. 28.

⁴⁰⁷ CARBONELL, Miguel. «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis». En *El canon neoconstitucional*. Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo (eds.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 163.

El Tribunal Constitucional también ha dejado claramente establecido que:

A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias.

Es por ello que el artículo 45 de la Constitución dispone que el poder del Estado emana del pueblo y todo aquel que lo ejerce lo debe hacer con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Consiguientemente, velar por el respeto de la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 2 del CP Const.) no son funciones que competan de modo privativo al Congreso de la República, sino que las comparten, in suo ordine, todos los poderes públicos.

De ahí que el artículo 38° prevea el poder-deber de los jueces de preferir la Constitución a las leyes en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas (control difuso); y de ahí que los artículos 200°, inciso 4; 201°, inciso 1; 203°; y, 204° hayan regulado el proceso de inconstitucionalidad ante el TC, confiando a éste la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes viciadas de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarlas de conformidad con la Constitución (control concentrado). Las sentencias emitidas en este proceso tienen efectos generales, vinculadas a todos los poderes públicos y adquieren la calidad de cosa juzgada (artículos 81 y 82 del CP Const.).

De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamen-

tario, en el que, so pretexto de representar a «la mayoría», se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.

Este poder de la jurisdicción constitucional (control difuso y concentrado de las leyes) conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad lo incompatibilidad entre ambas.⁴⁰⁸

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La constitucionalización de los derechos no es sino una de las características del Estado constitucional que ha supuesto el establecimiento progresivo del concepto del respeto a la dignidad humana en todas las normas del derecho y eficacia de los derechos fundamentales que se erigen sobre ella. Entre mayor sea la constitucionalización del ordenamiento jurídico, más extensos y profundos serán los efectos en la transformación y actualización de las normas que regulan las relaciones jurídicas.

Según Henry Alexander Mejía, refiriéndose a la evolución del proceso de constitucionalización de los derechos y citando a André Hauriou:

[e]xisten cuatro grandes movimientos o periodos, comienza a finales del siglo XVIII, cuando no se ha extendido por el mundo de modo progresivo y continuo ni de igual manera, o sea que el proceso de constitucionalización se ha desarrollado por movimientos sucesivos o consecutivos revolucionarios o de guerras mundiales, éstos son:

a. Primer movimiento

⁴⁰⁸ STC n.º 00030-2005-AI/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 42-45. Ver la sentencia en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.html>.

Este período comienza con la declaratoria de independencia de los Estados Unidos de América, el 4 de julio de 1776, y su constitución que data de 1787, seguido de la revolución Francesa más vigorosa y fuerte, aunque influenciada por los movimientos ingleses. Estos movimientos producen sus frutos y se crean las diversas constituciones en Europa, inspiradas en los principios siguientes:

- a) El reconocimiento de libertades del hombre que lo permitan actuar en el ámbito social político, tales como: libertad igualdad y justicia;
 - b) Igualdad en todas las esferas, sobre todo, igualdad ante la ley;
 - c) El reconocimiento del sufragio universal, que le permite participar a los individuos en plano político, para elegir a su gobernante, aunque no se dio de manera plena;
 - d) La confianza del sistema representativo de gobierno, es decir la confianza en el elegido para representar no sólo a sus electores, sino también a la nación, y en conjunto para representar todos los intereses.
- b. Segundo movimiento

Inicia con la revolución de 1830 tuvo directamente una enorme influencia sobre el movimiento constitucional europeo, más significativa que del 1848, aunque ésta última mayor resonancia por la conciencia popular, la cual provocó cambios profundos en Polonia, Alemania e Italia. La revolución francesa de 1830 constituyó el origen de la Constitución Belga de 1831, que proponía un tipo claro y bien equilibrado de la monarquía parlamentaria, teniendo influencia en los sistemas anglosajones y españoles. Aunque en Francia se consolida la liquidación de la monarquía hasta 1848, con la instauración de la segunda república.

Otro de los aspectos, es que, en 1848, se manifiestan las inconformidades contra el sistema liberal, que trajo consigo marginación y explotación obrera, y es así surgen las ideas socialistas, a fin de reivindicar los derechos del proletariado, teniendo como máximo exponente «el Manifiesto Comunista» de Federico Engels y Marx. Por tanto, los trabajado-

res obtienen legislación social que le reconocieran principios favorables a su clase.

c. Tercer movimiento

Después de la caída de los imperios centrales y hundimiento del imperio ruso, surgieron las constituciones de Alemania de Weimar de 1919, (que reconoce por vez primera a nivel constitucional los derechos laborales) la Constitución Española de 1931, (que tuvo que democratizar sus ordenamientos), pero de manera prominente la Constitución Rusa en 1917, en virtud de la revolución Bolchevique, las Constituciones de Polonia y Yugoslavia, en 1921 y luego las que surgieron en las democracias populares como China. En América Latina en 1917, la Constitución de México sancionada en Querétaro. Esto trajo como consecuencia el reconocimiento lo que, ahora conocemos como derechos sociales (educación, salud, y derechos laborales) que tenían que ser prestados y garantizados por el Estado, lo cual amplía la concepción impuesta en la revolución francesa en 1789, donde únicamente reconocía los derechos individuales. Esta época se le llamó el constitucionalismo social, por la preocupación del Estado, en la cuestión social de los pueblos, además le denominaron las “constituciones de profesores”, porque prácticamente fueron hechas por catedráticos de prestigio como Preuss en Alemania, Posada en España, y Kelsen en Austria.

d. Cuarto movimiento

Consecutivo a la segunda guerra mundial: podemos considerar en ésta última los acontecimientos siguientes:

- a) La consolidación de las ideas socialistas en Europa del Este, que dan origen a constituciones que cambian radicalmente su forma de gobierno, tales como Checoslovaquia, Hungría, Polonia, y Rumania, a fin de formar parte del Bloque soviético.
- b) La creación de la ONU, en 1945, que hace un reordenamiento de la sociedad mundial, seguida de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948, todo con el objeto de internacionalizar la protec-

ción de los derechos fundamentales de toda la humanidad.

- c) La descolonización de los países asiáticos y africanos, que pasa además por los países caribeños, en consecuencia, nacen cerca de noventa países posterior a la segunda guerra mundial, aunque hay que hacer notar que no todos tuvieron de fuente su independencia, sino desmembración de territorios como sucedió en Vietnam y Corea (sur y norte), respectivamente. En virtud, de esta expansión, ya no hay más Estados que constitucionalizar.⁴⁰⁹

Riccardo Guastini presenta una lista de siete condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como «impregnado» por las normas constitucionales, a saber:

1. *Una Constitución rígida.* Una Constitución es rígida si y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación «ordinaria», en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes) [...].
2. *La garantía jurisdiccional de la Constitución.* [...]. Es obvio que la rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución. Ahora bien, en la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos el órgano competente para ejercer tal control es un órgano jurisdiccional o semi-jurisdiccional. Es claro que, en los ordenamientos contemporáneos, existen sistemas de control muy diversos, que pueden ser evaluados

⁴⁰⁹ MEJÍA, Henry Alexander. *Evolución histórica del derecho constitucional*. Ver versión electrónica en: <http://www.henryamejia.site11.com/docs/EHC/EVOLUTION%20HISTORICA%20DEL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20para%20la%20UGF.pdf>.

desde el punto de vista de su eficacia. A grandes rasgos, se pueden distinguir tres modelos fundamentales:

- a) *Primer modelo (como ejemplo, Estados Unidos):* Control *a posteriori* (por vía de excepción); y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional [...].
 - b) *Segundo modelo (Francia):* Control *a priori* (por vía de acción); y, por lo tanto, *in abstracto*, ejercido por un Tribunal Constitucional (o por un órgano similar). Este tipo de control teóricamente impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor. Pero, el control *in abstracto* no puede asegurar una total conformidad de las leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley, no siempre puede ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos.
 - c) *Tercer modelo (Alemania, Italia, España, etc.):* Control *a posteriori* (por vía de excepción); y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por un Tribunal Constitucional. Este tipo de control, siendo *a posteriori*, no puede impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales. Por otra parte, la decisión del Tribunal Constitucional, que declara la ilegitimidad constitucional de una ley, está provista de efectos generales *erga omnes*. En otras palabras: la ley es anulada en definitiva y ya no puede ser aplicada por juez alguno.
3. *La fuerza vinculante de la Constitución.* [...]. En suma, según ciertas doctrinas, las Constituciones no son más que un «manifiesto» político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales —carentes de cualquier efecto inmediato— sino sólo las normas que se recogen por las leyes. Pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es, precisamente, la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional —independientemente de su estructura o de su contenido normativo—

es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

4. *La «sobreinterpretación» de la Constitución.* La cuarta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución: los jueces (especialmente el Tribunal Constitucional, en caso de que tal tribunal exista), los órganos del estado en general y, naturalmente, los juristas [...].

Toda Constitución es un texto —muy largo que sea, aun así— «finito», completo, limitado. Toda Constitución —fatalmente— contiene lagunas, en el sentido, del todo trivial, de que nunca jamás una Constitución puede regular la vida social y política en su totalidad [...].

Pues bien, una condición importante de constitucionalización es, precisamente, la sobreinterpretación del texto constitucional. Cabe decir que la sobreinterpretación de la Constitución presupone que la Constitución misma sea entendida como vinculante. Existe, pues, un nexo muy estrecho entre la tercera y la cuarta condiciones de constitucionalización.

5. *La aplicación directa de las normas constitucionales.* [...] En la concepción liberal clásica la función de la Constitución es limitar el poder político (estatal) [...]. Según esta concepción, las normas constitucionales no regulan en modo alguno las relaciones «entre particulares», es decir, las relaciones sociales de los ciudadanos entre sí, que son determinadas claramente por la legislación ordinaria (especialmente, por el derecho civil y por el derecho penal). Las normas constitucionales regulan la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Por lo tanto, las normas constitucionales no son susceptibles de aplicación directa [...] por parte de los jueces en las controversias que oponga un ciudadano, no frente al Estado, sino frente a otro ciudadano. Los jueces no deben aplicar más que la ley: la Constitución no es apta para producir efectos en la vida social sino después de haber sido «concretizada» por leyes. Por el contrario, en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se

tiende a pensar que las normas constitucionales —sobre todo, los principios generales y las normas programáticas— producen efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o por que la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta [...].

6. *La interpretación conforme de las leyes.* [...]. No existe un texto normativo que tenga un solo significado, determinado antes de la interpretación. Dicho de otro modo, ningún texto normativo es susceptible nunca de una sola interpretación [...]. Evidentemente, toca al juez elegir la interpretación ‘correcta’, en el sentido de que es su tarea decidir cuál interpretación es preferible. El juez puede, por consiguiente, elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición en cuestión de la primera forma y, por consecuencia, considerarla inconstitucional, o, bien, interpretarla de la segunda forma y considerar, por tanto, que es conforme con la Constitución.

Ahora bien, a esta segunda interpretación se le suele llamar «conforme» (pero, debemos decir «adecuada» o «armonizante»): [...]. La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo —frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otras formas, debería ser declarada inconstitucional [...].

7. *La influencia de la Constitución en las relaciones políticas.* La última condición no es fácil de precisar. Ésta depende de diversos elementos, entre los cuales se puede mencionar: el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces (sobre todo, del Tribunal Constitucional, cuando existe

tal tribunal), la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos [...].⁴¹⁰

Por su parte, Alfonso García Figueroa denomina «constitucionalización»:

[a]l proceso y al resultado de la transformación del derecho causada por la Constitución [...]. Como acabo de señalar, la constitucionalización del ordenamiento jurídico no se ha limitado a transformar el derecho, sino que se predica también del estilo de pensamiento de juristas y teóricos del derecho. La constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al «constitucionalismo». Se ha denominado genéricamente «constitucionalismo» (y más, precisamente, «neoconstitucionalismo», con el fin de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del derecho en términos normalmente no positivistas.

En el desarrollo de este constitucionalismo han influido poderosamente ciertos aspectos implícitos en la constitucionalización recién señalada. Entre ellos, cabe destacar un aspecto material, un aspecto estructural y un aspecto político.

1. El aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento, consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica, bajo la forma de derechos fundamentales. En otras palabras, el derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha rematerializado. El aspecto material de la constitucionalización ha tenido así a forzar entre los juristas un concepto no positivista de derecho en el que el sistema jurídico está vinculado a la moral conceptualmente. Seguramente, éste sea uno de los elementos que distinga al constitucionalismo actual (neoconstitucionalismo) de sus versiones precedentes. El constituciona-

⁴¹⁰ GUASTINI, Riccardo. «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano». Ver en: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, pp. 50-57.

lismo tradicional era sobre todo una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del derecho opuesta al positivismo jurídico como método.

2. El aspecto estructural de la constitucionalización del ordenamiento tiene que ver con la estructura de las normas constitucionales. El aspecto funcional se expresa a través del tipo de argumentación que éstas fomentan.

- a) Los principios constitucionales permiten por su particular estructura expandir inmensamente su ámbito de influencia. Alexy habla, en este sentido, de una «omnipresencia de la Constitución» que incide sobre el ordenamiento y sobre la aplicación del ordenamiento.

En primer lugar, incide, sobre todo, el ordenamiento jurídico, que se encuentra «impregnado» por los principios constitucionales. En expresión del Tribunal Constitucional alemán, se produce un «efecto de irradiación» de los principios constitucionales, sobre todo, el ordenamiento jurídico, cuya interpretación se somete a los principios constitucionales. En segundo lugar, incide sobre la aplicación del derecho, pues los principios constitucionales son capaces de disciplinarlo todo, amplían la aplicabilidad del sistema jurídico, de modo que nada queda fuera de su calificación deóntica. Ya hemos visto que Riccardo Guastini se refiere a este fenómeno como «sobreinterpretación de la Constitución»: «no existen espacios vacíos —esto es, libres— del derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada [...] no existe, pues, lugar para la discreción legislativa».

- b) Bajo su aspecto funcional, los principios constitucionales alientan una forma distinta de aplicar el derecho, la ponderación. Tal ponderación remite necesariamente a un razonamiento jurídico complejo cuyas premisas van más allá del derecho legal y cuya aplicación no responde propiamente al esquema subsuntivo de la aplicación del derecho como se había concebido tradicionalmente [...].

3. En términos políticos, tanto el aspecto material como el estructural y funcional del sistema jurídico constitucionalizado presentan consecuencias importantes en la relación de fuerzas de los poderes del Estado. La consecuencia más importante consiste en la acentuación del desplazamiento del protagonismo desde el Legislativo hacia el Judicial. Alexy habla, en este sentido, de la «omnipotencia de los Tribunales» en el Estado constitucional.

Esta transferencia de poder hacia el Judicial ha sido considerada por algunos como una grave lesión al principio democrático. Es objetivo prioritario del Estado de derecho la restricción del poder susceptible de un ejercicio arbitrario y el Estado constitucional pretende reforzar esta restricción con la incorporación de ciertos derechos, que deberían significar una restricción del poder del legislador y, transitivamente, del juez. Sin embargo, esto no sucede exactamente así. La razón consiste en que los principios constitucionales presentan una «naturaleza bifronte»: por un lado, constituyen un límite en la medida en que encierra un núcleo de significado irrenunciable, pero, al mismo tiempo, su ponderación confiere un mayor margen de discreción [...].⁴¹¹

Ahora bien, la constitucionalización de los derechos se presenta a su vez en el derecho privado. A este respecto, Hernán Corral Talciani expresa que:

La constitucionalización del derecho privado es un fenómeno que comienza a conceptualizarse, por primera vez, en Alemania en la década de los sesenta del siglo xx. Allí se producen las primeras discusiones sobre si la Constitución puede aplicarse a las relaciones entre particulares, y se discute si se trata de una aplicación indirecta, (sea a través de leyes que desarrollan los mandatos legislativos o por medio de las cláusulas abiertas o indeterminadas por las cuales las leyes permiten al juez recurrir a

⁴¹¹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. «La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo». En *Neoconstitucionalismo*. Carbonell, Miguel (ed.). Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, pp. 163-168.

valores constitucionales), o una aplicación directa, en la cual la misma disposición constitucional asume la función de norma *decisoria litis* con prescindencia de la norma legal.

La cuestión es planteada con fuerza en el derecho italiano. Los *iusprivatistas* italianos se vieron ante el desafío de aplicar el Código Civil de 1942, promulgado por el régimen fascista, ahora bajo la Constitución democrática de 1946. La tesis de la constitucionalización del derecho privado les permitió propiciar que, con algunas derogaciones puntuales, el Código podía seguir siendo útil, dada su reconocida calidad técnica, si se le hacía objeto de una relectura a la luz de los nuevos valores y principios políticos.

De Italia y Alemania la idea de la constitucionalización del derecho privado se ha extendido a toda Europa con mayor o menor fuerza. También hay un proceso análogo en el *common law* de los Estados Unidos, por obra de la labor de control constitucional de los estatutos de los Estados que realiza la Corte Suprema [...].

La aplicación de la Constitución a las relaciones del derecho privado es algo que hoy por hoy no puede discutirse. Se sostiene que es posible una aplicación directa, sin necesidad de que exista una ley ordinaria que concrete o desarrolle el texto constitucional, y también una aplicación extensiva u horizontal: los derechos y principios constitucionales no son sólo oponibles a los órganos estatales sino también a los particulares, ya que éstos están también obligados a cumplir las disposiciones de la Constitución. En efecto, el art. 1, inc. 4 y el art. 6, inc. 2, ponen de relieve que la Constitución obliga no sólo al Estado sino a todas las personas. Por su parte, la acción constitucional de protección puede interponerse frente a los actos u omisiones cometidos por particulares en lesión de los derechos constitucionales protegidos (art. 20).

Además, muchas normas constitucionales tienen incidencia directa en la conformación del sistema de derecho privado, en las distintas áreas en las que éste se suele dividir. Así:

- Derecho de la persona: Está pendiente toda una reformulación del derecho de la persona sobre la base de la dignidad esencial como valor rector y fundamento de la libertad

e igualdad de todos los seres humanos y de los derechos esenciales que emanan su naturaleza y que son anteriores al Estado (art. 1). Otras materias necesitadas de reevaluación a la luz de la Constitución son la protección de la vida en sus diversas etapas y especialmente en las que parece más débil (art. 19 n.º 1), el respeto a derechos de la personalidad como el derecho a la honra, la intimidad y la imagen (art. 19 n.º 4), las personas jurídicas y su relación con el derecho de asociación (art. 19 n.º 15). Hay en este campo ya una sentencia de la Corte Suprema que declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los arts. 559 y 661 del Código Civil (sentencia de 16 de septiembre de 1992).

- Contratos: Es muy relevante para la fundamentación constitucional de la autonomía privada y sus límites el derecho a la libre iniciativa en materia económica contemplado en el art. 19 n.º 21 de la Constitución.
- Bienes y derechos reales: En esta sede está pendiente una armonización mejor entre la regulación de la propiedad prevista en los n.ºs 24 y 25 de la Constitución y su regulación en el Código Civil y en las leyes especiales. Particular relevancia puede tener para la regulación de los modos de adquirir el dominio y la clasificación de los bienes en públicos y privados, el derecho contemplado en el art. 19 n.º 23 de la Carta Magna.
- Responsabilidad civil: Son pocos los esfuerzos que intentan integrar los criterios de la responsabilidad por daños con las normas constitucionales. Se ha advertido ya que el principio de la reparación integral y la indemnizabilidad general del daño moral puede desprenderse del derecho a la integridad psíquica de que habla el art. 19 n.º 1.
- Sucesiones: Se trata de un terreno poco explorado aún, pero convendría estudiar el respaldo constitucional de la libertad de testar así como la justificación de sus limitaciones por medio de las asignaciones forzosas tomando en cuenta la función social de la propiedad manifestada en el interés general del Estado de proteger la familia (art. 19 n.º 24, inc. 2 en relación con el art. 1, incs. 2 y 5).

- Familia: Toda la regulación de la familia está justificada sobre la base de la declaración constitucional de que ella es el núcleo fundamental de la sociedad (art. 1, inc. 2) y que el Estado tiene frente a ella un especial deber de protección y fortalecimiento (art. 1, inc. 5). La discusión sobre temas tan relevantes como la imposición del modelo de matrimonio divorciable, la regulación de la filiación, la adopción y las llamadas técnicas de reproducción asistida, la mantención de la sociedad conyugal o su reemplazo por un régimen de separación con participación diferida en los gananciales, tienen su raíz en la forma en que se entienden los referidos preceptos constitucionales [...].⁴¹²

4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

La constitucionalización de los derechos ha abarcado también al derecho privado, al derecho comercial y, por ende, al arbitraje mismo.

Sin embargo, en lo referente al arbitraje, y en el caso de nuestro país, su constitucionalización ha operado desde los inicios de la vida republicana, como lo veremos más adelante, de modo tal que dicho fenómeno no ha advenido con el surgimiento del Estado constitucional de derecho, sino ya con el Estado liberal.

Ya en líneas precedentes habíamos manifestado que, en puridad, la constitucionalización de los derechos no es un fenómeno propio ni originario del constitucionalismo contemporáneo por cuanto la constitucionalización de los primeros derechos se dio precisamente con el constitucionalismo clásico o liberal. Eso mismo sucede con el arbitraje, en particular en nuestro país.

⁴¹² CORRAL TALCIANI, Hernán. «Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado». Ver en: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf>.

Sin embargo, lo trascendente del fenómeno de la constitucionalización de los derechos y también del arbitraje no es su consagración o reconocimiento en la Constitución, sino el establecimiento de garantías constitucionales (procesos jurisdiccionales constitucionales) para la efectividad de tal reconocimiento, y eso sí es un aporte propio del constitucionalismo contemporáneo.

Pero, también, cabe advertir que el fenómeno de la constitucionalización de los derechos en el Estado constitucional ha ido aún más lejos. Tal fenómeno ha comprendido, inclusive, al instrumento mismo que sirve para la efectividad de los derechos sustantivos, es decir: el proceso.

Es decir —y eso lo vamos a constatar en el arbitraje—, ha operado la constitucionalización del proceso ordinario de modo tal que hoy por hoy no sólo constituyen instrumentos de tutela de los derechos fundamentales, los llamados *procesos constitucionales de la libertad*, sino también el legislador como la jurisprudencia, efectuando una lectura constitucional de las leyes, ha otorgado a los jueces competencia e instituido a los procesos ordinarios funciones de tutela directa de los derechos fundamentales, dotándolos de nueva estructura y características al proceso ordinario a fin de que se constituyan en vías idóneas e igualmente satisfactorias a los llamados procesos constitucionales de la libertad, para la tutela directa de los derechos fundamentales.

En suma, la Constitución, sus principios y valores se han impregnado no sólo en las normas, sino también en el proceso ordinario y su *praxis* misma. Se observa la constitucionalización del proceso ordinario, es decir, el ascenso constitucional de este proceso, de modo tal que este último deviene —hoy por hoy— también en un instrumento para la tutela directa de los derechos fundamentales, y eso mismo ocurre con el *proceso (recurso) de anulación del laudo*, como lo veremos más adelante.

4.1. *La constitucionalización del arbitraje en la historia constitucional del Perú*

Como ya habíamos manifestado, el fenómeno de la constitucionalización de los derechos se inicia en puridad con las constituciones liberales propias del Estado liberal o Estado legal de derecho, esto es, en los siglos XVII y XVIII (Estados Unidos de América y Francia). Este tipo de constituciones que incorpora a modo de catálogo, básicamente, la primera generación de derechos (libertades civiles y derechos políticos); y, entre ellos, no está de más decir que también algunas constituciones han reconocido, a su vez, al arbitraje como uno de esos derechos o, al menos, al fundamento (causa-fuente) de nuestra institución.

En el Perú, como en todos los aspectos de la vida, este fenómeno político-jurídico como es la constitucionalización de los derechos, arriba más o menos tardíamente en los inicios de la vida independiente de la Republicana.

Aunque, oficialmente, la historia constitucional del Perú comienza con la primera Constitución promulgada a inicios de la vida Republicana (1823) por el entonces presidente Bernardo Torre Tagle; sin embargo, constituye fuente ineludible en el estudio de la historia constitucional latinoamericana, la Constitución española de Cádiz de 1812 (conocido popularmente también como *La Pepa*),⁴¹³ la cual, incluso, fue simbólicamente proclamada en la ciudad de Huancayo el 1 de enero de 1813 en el lugar de lo que hoy es precisamente conocido como la Plaza de la Constitución.⁴¹⁴

⁴¹³ Así, llamado porque el día de su promulgación (19 de marzo) coincide con el día de San José que se celebra en España.

⁴¹⁴ Más sobre esta célebre Constitución en: *Revista del Foro*, dedicado al Bicentenario de Cádiz 1812-2012. Lima: Edic. Internacional. Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Lima, 2012, n.ºs 97-98.

Ver el texto íntegro de esta Constitución en: http://cadiz2012.universia.es/pdf/doc_0007_cons_1812.pdf.

Esta Carta Política fue la primera en constitución de la monarquía española de corte liberal y que —aunque parezca sorprendente— proclamó constitucionalmente el derecho al arbitraje en los términos siguientes:

Artículo 280.— No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes.

Artículo 281.— La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar.⁴¹⁵

Como agudamente afirma Antonio Merchán Álvarez:

Ninguno de los estudios realizados hasta hoy sobre la Constitución de Cádiz, tanto de conjunto, como en sus diferentes aspectos —y, particularmente, los referidos al Poder Judicial— ha reparado en esta proclamación constitucionalización del arbitraje.⁴¹⁶

Sin embargo, de ambos artículos se advierte claramente una plasmación del «principio de la libertad natural» que inspiró a los constituyentes gaditanos expresión jurídica de la ideología liberal revolucionaria en esa época.

Ver también una interesante publicación: *Constitución Política de la monarquía española. Cádiz 1812*. México D.F.: Edic. Facsimilar, 2012. En http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/cpme_cadiz_1812.pdf.

⁴¹⁵ Ver más al respecto en MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. «La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz», p. 127. En www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf. Ver también: «La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz» del mismo autor en *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*. Cano Bueso, J. (ed.). Sevilla: Parlamento de Andalucía-Tecnos, 1989, pp. 465-479. Así como el texto de esta Constitución histórica en: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf.

⁴¹⁶ MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. «La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz», p. 127. En www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf.

Empero, lamentablemente, tal como advierte nuevamente Merchán Álvarez:

Ni en las actas de la Comisión de Constitución ni en la del Diario de Sesiones de las Cortes encontramos pronunciamiento alguno sobre los modelos formales que utilizaron para la redacción de esos dos artículos [...], no hay ninguna referencia a deliberación o debate sobre los artículos dedicados al arbitraje; [...], tan sólo se dice que se acordaron sin más.^{417 418}

⁴¹⁷ MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. «La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz», pp. 128-129. En www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf.

⁴¹⁸ No obstante, estas limitaciones para el estudio del arbitraje en dicha Constitución, en la obra citada, Merchán Álvarez, concluye sin embargo que: «[E]n la Constitución de Cádiz nos encontramos, por tanto, con un diseño de la institución del arbitraje bastante consagrado, desde el punto de vista técnico-jurídico, en función de sus aspectos dogmáticos fundamentales. Los elementos subjetivos: Las partes litigantes que pueden ser cualesquiera españoles; el elemento juzgador, o jueces árbitros, elegidos por ambas partes. El elemento objetivo o asuntos litigiosos que se quieren someter a arbitraje. El elemento formal o compromiso; es decir, el acto jurídico en virtud del cual las partes litigantes eligen a un tercero, el juez árbitro, para que decida sobre la cuestión controvertida existente entre ellas; y la sentencia o acto resolutorio que adoptan los árbitros acerca del objeto de arbitraje a ellos sometido, el cual resulta más o menos definitivo en función de la actitud que se haya adoptado en el compromiso sobre el derecho de apelar la sentencia arbitral» (p. 134).

Más adelante afirma que: «Sobre la naturaleza jurídica de la institución del arbitraje también podemos inducir conclusiones de interés. A nuestro entender nos encontramos ante un supuesto de reproducción de la naturaleza judicialista del arbitraje. Al igual que sucede en el derecho tradicional, al que hemos tenido acceso, la institución del arbitraje en la Constitución de 1812, se enmarca en la sede normativa propia de los jueces y de la administración de justicia: concretamente, en el Título V. De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal. Pero además el lenguaje que se utiliza en la Constitución de Cádiz es claramente judicialista: el elemento dirimente se denomina jueces árbitros; la solución a la controversia, sentencia; y la reclamación sobre la misma, derecho de apelar» (p. 135).

Ahora bien, ya en suelo patrio,⁴¹⁹ la Constitución de 1823 —como dijimos, la primera en nuestra historia constitucional— no reguló nada acerca del arbitraje; es más, el artículo 96 fue muy explícito al disponer que:

No se conocen otros jueces que los establecidos por la Constitución, ni otra forma de juicios que la ordinaria que determinen las leyes.

Lo mismo ocurre con la Constitución de 1826.

Sin embargo, debe quedar claro que, a pesar de tal falta de reconocimiento constitucional, la práctica del arbitraje siempre ha estado presente desde sus remotos orígenes por cuanto constituye como se dijo, un mecanismo natural de resolución de conflictos. De este modo, tal ausencia de referencia expresa al arbitraje en dichas constituciones y otras más adelante —como veremos—, en modo alguno han influido sobre su uso y eficacia. El no reconocimiento explícito del arbitraje en las constituciones, en modo alguno, significaba su prohibición, pues, en todo caso, la constitucionalidad de su práctica estaba garantizada *per se* desde que el artículo 193 (Constitución de 1823) declaraba como derechos inviolables (entre otros) a «la libertad civil». Y que, según el artículo 194:

Todos los peruanos pueden reclamar el uso y ejercicio de estos derechos, y es un deber de las autoridades respetarlos, y hacerlos guardar religiosamente⁴²⁰ por todos los medios que estén en la esfera de las atribuciones de cada una de ellas.

⁴¹⁹ De aquí en adelante, en este punto, nos valdremos de la primera edición oficial de la «Colección Constitucional Peruana», tomos I, II y III, efectuado por el Ministerio de Justicia. Lima: Editora Perú, 2005-2006.

Asimismo, ver a GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Las Constituciones del Perú*, 2.^a edición revisada, corregida y aumentada. Versión *on-line* en: <http://www.garcia-belaunde.com/biblioteca/LasConstitucionesdelPeru.pdf>.

⁴²⁰ Morfología gramatical que corresponde a esa época.

Pero es en la Constitución de 1828 que por primera vez se incorpora expresamente (o se constitucionaliza) la justicia arbitral en su artículo 162, y en los términos siguientes:

Ningún peruano puede ser privado del derecho de determinar sus diferencias por medio de jueces árbitros.

Esta Constitución estableció igualmente que:

Artículo 194.- La Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley, y la propiedad de los ciudadanos en la forma que se sigue.

Así como el principio jurídico clásico del liberalismo:

Ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 150).

Como se advierte, la Constitución de 1828 recoge, casi en forma literal, la consagración constitucional del arbitraje hecha en la Constitución gaditana, con lo cual queda probado el influjo que tuvo esta última sobre la constitucionalización de los derechos en el Perú.⁴²¹

La Constitución siguiente, la de 1834, no reconoció expresamente la institución del arbitraje, empero estableció en su artículo 110, los «tribunales especiales para el comercio y la minería»; pero, que no eran tribunales arbitrales, sino que formaban parte del sistema estatal de justicia. Pero como toda Constitución liberal, reconoció la libertad individual expresada en términos clásicos del artículo 150 de la Constitución de 1828.

⁴²¹ Sobre la Constitución de Cádiz de 1812 y su influencia en el Perú y Latinoamérica, ver la interesante publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, efectuada con motivo del Bicentenario de dicha Constitución (1812-2012). En *Revista del Foro*. Lima: Edición Internacional, 2012, n.ºs 97-98.

La Constitución de 1839, al igual que la de 1828, constitucionaliza también el arbitraje al establecer en el artículo 164 que: «Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros». De igual fuente gaditana.

De igual forma, el Estatuto provisorio de 1855 del Mariscal Ramón Castilla también establecía que:

Artículo 11.- Todo individuo en la República tiene el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros conforme á las leyes.

De allí en adelante, las Constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920 y la de 1933 tampoco reconocen al arbitraje como parte del sistema de administración de justicia en el Estado peruano, con la excepción de la Constitución de 1920 que para el caso especial de los conflictos entre el capital y el trabajo instituía el «arbitraje obligatorio» en un afán tuitivo del derecho de los trabajadores (arts. 48 y 49).⁴²²

Empero, una vez más es necesario hacer la aclaración que tal omisión no importaba la prohibición de la práctica del arbitraje, pues ninguna de las Constituciones establecía tal prohibición, sino al contrario se reconocen en todas ellas el principio de la autonomía de la voluntad, que es precisamente el fundamento jurídico-constitucional de la práctica arbitral como mecanismo heterocompositivo natural de solución de conflictos y alternativo al del Poder Judicial.

⁴²² Constitución de 1920:

«Art. 48.- Los conflictos entre el capital y el trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio».

«Art. 49.- La ley establecerá la forma cómo deben organizarse los tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las diferencias entre el capital y el trabajo y los requisitos y condiciones para los efectos obligatorios de los fallos».

Pero es en la Constitución de 1979 donde nuevamente se reconoce a la justicia arbitral como medio alternativo de solución conflictos. En el artículo 136 *in fine*, dispone que:

El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.

Asimismo, más explícitamente en el artículo 233 dispone que:

Son garantías de la administración de justicia: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.

No obstante que esta Constitución instituye el primer Tribunal Constitucional (llamado Tribunal de Garantías Constitucionales); sin embargo, por circunstancias propias de la época y de la asimilación tardía del neoconstitucionalismo este Tribunal no tiene mayor trascendencia en el rol que el Estado constitucional contemporáneo y el neoconstitucionalismo le asignan.

Así, se podría decir que es a partir de la Constitución de 1993 y su eficacia que el neoconstitucionalismo ingresa con mayor contundencia en nuestro país, por lo que bien podría decirse que el fenómeno de la constitucionalización contemporánea de los derechos se presenta en esta Constitución y —por su puesto— por el rol que le es asignado (y cumplido, a su vez, en la realidad) al actual Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la Constitución de 1993 nada innova en cuanto a la constitucionalización del arbitraje, por cuanto lo que hace es repetir casi textualmente lo ya consagrado en la Constitución antecesora. Veamos:

Artículo 139.- Principios y derechos de la función jurisdiccional

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

Asimismo, se tiene que la actual Constitución consagra, a su vez, la libertad contractual y de contratación en el ámbito general y con relación a la inversión nacional y extranjera. Así:

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas protectionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden tam-

bién someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Como se advierte, el arbitraje ha estado presente en el debate constitucional y en la Constitución misma desde el siglo pasado. Concretamente, su plasmación primera fue dada en los albores de la vida republicana con la Constitución de 1828 (la tercera en nuestra historia) y la de 1839, que tuvieron como fuente directa la Constitución de Cádiz de 1812.

Sin embargo, es el Tribunal Constitucional que en estos últimos años ha venido desarrollando el contenido y alcances de tal fenómeno de constitucionalización del arbitraje, que será analizado con más precisión en puntos más adelante.

4.2. El arbitraje en los Diarios de Debates de las Constituciones de 1979 y 1993⁴²³

Ahora bien, en el cometido trazado de la determinación de la necesidad o trivialidad del reconocimiento constitucional (constitucionalización) del arbitraje a través de la historia constitucional del Perú, y a la par de la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje, resulta necesario hurgar los diarios de debates de las Constituciones de 1979 y 1993 en donde se plasmaron algunas de las razones de su constitucionalización. Veamos.

⁴²³ En este punto recurriremos al portal del Congreso de la República del Perú, esto es: <http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1979.htm> (Diario de Debates de la Constitución de 1979).
<http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm> (Diario de Debates de la Constitución de 1993).

4.2.1. Debate de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978

En la 21.^a Sesión de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978 (presidida por Luis Alberto Sánchez Sánchez), llevada a cabo el 7 de febrero de 1979, se pasó a debatir sobre el artículo 3 del Proyecto de la Subcomisión, el cual estaba redactado de la siguiente manera:

Artículo 3.- Son garantías de la administración de justicia:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
2. No puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la jurisdiccional arbitral en los casos que la ley no la prohíbe;⁴²⁴ y la jurisdicción militar [...].

Frente a lo cual, el constituyente Javier Valle Riestra abrió el debate señalando que del proyecto debe suprimirse la alusión (privilegio) hecho a la «jurisdicción arbitral», por cuanto:

[A]quello a lo que voluntariamente las partes, si tienen litigio se someten, nombrando un árbitro para que exista un laudo de derecho. Eso no es una jurisdicción permanente, tiene ribetes de jurisdicción voluntaria a la que se someten las partes. De manera que, para evitar la confusión y como eso, evidentemente, no forma parte del Poder Judicial, y para no crear un privilegio a favor de esto, dejaría el artículo: «No puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la jurisdicción militar y solamente para el juzgamiento de infracciones contempladas en la legislación penal-militar cometidas por miembros activos de la fuerza pública», [...]. Por lo pronto, digo, supresión de la alusión a la jurisdicción arbitral que, por ser voluntaria, precisamente, no forma parte del Poder Judicial.

⁴²⁴ El resaltado es nuestro.

En ese sentido, fue clara la posición de Valle Riestra en el sentido de suprimir la alusión a «jurisdicción arbitral» por no considerarse como tal, sino, a lo mucho, como una jurisdicción voluntaria. Esta posición fue también apoyada por el constituyente Francisco Chirinos Soto.

Frente a lo cual, el constituyente Ramírez el Villar consideró al contrario que:

[l]a arbitral resulta una jurisdicción independiente. Si la ley no lo reconoce todavía, tiene la taxativa de ser jurisdicción arbitral en los casos en que la ley no la prohíbe, si no, se establece que también es una forma independiente de jurisdicción. Entonces estaríamos negando la posibilidad de que los fallos arbitrales tengan fuerza. Ésta es la razón de la excepción... De tal manera que insistimos que la jurisdicción arbitral debe estas limitaciones a los casos que no están prohibidos por la ley; [...].

Valle Riestra replicó nuevamente señalando que:

Insisto en que se suprima la función de la «jurisdicción arbitral», por las razones que expuse antes y que quede solamente «jurisdicción militar», sin mayor aclaración, porque en el artículo posterior se desarrolla este punto. De tal manera que yo diría: «No puede establecerse jurisdicción alguna independiente con excepción de la jurisdicción militar».

El señor Ramírez del Villa señaló que:

En cuanto al aspecto de la jurisdicción arbitral debe figurar, porque de otra manera se entenderá prácticamente derogado el capítulo del Código de Procedimientos Civiles que faculta este tipo de jurisdicciones.

A lo que Valle Riestra replicó que:

Éste es un artículo, señor, que ha funcionado sin que la Constitución haya acudido a la jurisdicción arbitral, de tal manera que no hay problema. La jurisdicción arbitral no funciona porque la Constitución la reconozca o la desconozca, ha seguido funcionando.

Por último, el constituyente Vega García agregó que:

Al leer la Constitución vigente, hay que advertir que ahí no prohibía ninguna jurisdicción independiente, en cambio aquí expresamente estamos prohibiendo todo acto de jurisdicción. Entonces, si no hacemos la excepción expresa de juicio arbitral, como dice el señor Alayza, en la ejecución de los fallos arbitrales, nos vamos a encontrar desprovistos de instrumentos realmente ejecutivos.

Terminado el debate se votó la propuesta de Valle Riestra de suprimir toda alusión de la «jurisdicción arbitral», fue rechazada, por lo que, finalmente, la Comisión Permanente aprobó dicho artículo en los términos en que fue propuesta inicialmente por la Subcomisión.

No obstante ello, en la Sesión de la Comisión Permanente del día 9 de febrero de 1979, y a pedido del señor Valle Riestra, se reabre nuevamente el debate sobre la «jurisdicción arbitral». El referido constituyente reitera con más fundamento, que:

[R]ealmente, el arbitraje no es de naturaleza jurisdiccional, y acá está el doctor Aramburú quien puede aportar muchas ideas al respecto. No es de naturaleza jurisdiccional, sino realmente de naturaleza contractual. Las partes se ponen de acuerdo en materia civil para resolver una controversia, llamando a arbitradores o a personas que resuelven según su leal saber y entender, mientras que la jurisdicción ordinaria es amplia e irrestricta, es una jurisdicción que está excluida en muchos puntos de lo penal,

familia, capacidad, etc., mientras en la jurisdicción normal son los órganos del Estado los que resuelven, aquí son particulares que muchas veces pueden no ser abogados y hasta ser extranjeros cuando son adjuntos, que son los llamados arbitrajes de equidad y en los que no tienen ni siquiera que ceñirse a las reglas del Código de Procedimientos Civiles [...]. La jurisdicción civil ordinaria es una jurisdicción que emana del pueblo, de la soberanía nacional, [...]. El arbitraje emana de un acuerdo interpartes, de los particulares, por lo que carece de jurisdicción. El contrato de arbitraje tiene más parecido con la transacción, crea la cosa juzgada entre las partes al resolver un punto litigioso que ya se está ventilando ante el juez, o un punto que podría ventilarse ante la justicia; sin embargo, por la vía de la transacción dos particulares se ponen de acuerdo y crean la cosa juzgada, tan cosa juzgada como un tribunal, pero no es una jurisdicción, y en este caso es igual [...]. Esta persona [el árbitro] no tiene todas las facultades que son propias de la jurisdicción y su resolución lógicamente es apelable no ante un tribunal creado por las partes, sino ante los tribunales ordinarios que le impusieron esa resolución y si las partes no han renunciado a esos recursos de nulidad. De tal manera que hemos inventado la llamada jurisdicción arbitral, cuando debe entenderse solamente como un contrato. Por esta razón, pido se omita esa frase; y, en todo caso, que se agregue: «este principio no está reñido con los principios de arbitraje, o con la posibilidad de recurrir a árbitros». Nada más.

A su turno, el señor Aramburú Menchaca replica que:

No hay razón para temer decir «jurisdicción arbitral». Precisamente, una de las características del arbitraje no solamente en la forma de árbitros arbitradores, sino de árbitro *de jure*, y dentro de un sistema tan completo como el que tenemos en el Perú cuya ley es considerada la mejor ley del mundo en la materia, es esa implicancia que tienen los tribunales arbitrales con el Poder Judicial. El Poder Judicial ejerce una función tuitiva sobre los tribunales arbitrales, es un tipo de jurisdicción, es un tipo si se quiere de jurisdicción voluntaria que las partes eligen, los jueces otras veces, inclusive, si se trata de tribunales arbitrales estable-

cidos de antemano, cuando se trata del arbitraje administrado [...]. Queda muy bien la palabra «jurisdicción arbitral», es algo que robustece el arbitraje. En este momento, existe en el mundo un gran auge hacia el arbitraje [...]. De manera que invitaría a mi colega el doctor Valle Riestra, a fortalecer la institución del arbitraje que es tan práctica, manteniendo el término «jurisdicción arbitral», que no es exactamente un contrato.

El señor Valle Riestra reitera que:

No es cambiándole el nombre a las cosas, que cambian de naturaleza. La naturaleza es el hecho contractual, y creo que estamos creando por ficción una jurisdicción extraordinaria que tiene otra majestad y otras atribuciones que no están libradas al azar.

El señor Aramburú Menchaca contesta que:

[...] [N]o quiero que se retracte. Lo único que sostengo es que existe una «jurisdicción arbitral». Estoy convencido de que lo arbitral es también una forma de jurisdicción y es un medio de nuestro sistema y del sistema judicial de todas partes del mundo. El país donde más se practica el arbitraje, es Inglaterra donde un tribunal arbitral funciona constantemente en contacto con la Corte, con lo que se llama los *special cases*, razón por la cual el arbitraje en Inglaterra no es un modelo de arbitraje. En Alemania, el arbitraje no tiene fuerza obligatoria. Además, en estos momentos, los jueces de todas partes del mundo están actuando como árbitros. Inclusive, hasta donde se ha dado, se permite en la legislación de hoy en el mundo, que las partes les pidan a los jueces ordinarios que no actúen como jueces, sino como árbitros.

Finalmente, se tiene la intervención de Ramírez del Villar, quien agrega que:

Lo único que diría yo, es que si no se establece la posibilidad de que haya una jurisdicción arbitral, los fallos de los árbitros no pueden ser ejecutivos. No se podrá pedir al juez que los haga

cumplir. Y ése es un punto que mata totalmente la posibilidad de arbitraje; y, además, de las ventajas que ha dicho el doctor Aramburú, tiene la gran facilidad que da el Poder Judicial tan recargado como el nuestro, que vaya, por lo menos, facilitando la administración de justicia a través de fórmulas en que las partes están de acuerdo y que el resultado que el fallo final tenga, debe ser acatado por ellas. Yo creo que no sólo son razones doctrinarias, sino eminentemente prácticas.

Sometido nuevamente a votación el artículo 3 del Proyecto de la Subcomisión, el mismo fue aprobado en los términos propuestos, no habiendo prosperado, una vez más, la posición del señor Valle Riestra.

4.2.2. Debate del Pleno de la Asamblea Constituyente de 1978

En el Diario de Debates al que se tiene acceso no se deja constancia del debate del Pleno, sino la aprobación del proyecto llevado a cabo en la 33.^a Sesión del Pleno, llevado a cabo el 2 de abril de 1979, en los siguientes términos:

Artículo 240.- Son garantías de la administración de justicia:

1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral, en los casos que la ley no la prohíbe, y de la jurisdicción militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación [...].

4.2.3. Debate de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático de 1992

En la 36.^a Sesión de la Comisión de Constitución, realizada el 30 de marzo de 1993 (bajo la presidencia de Carlos Torres y Torres Lara), se inicia el debate en relación al artículo 2 del proyecto planteado por la Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90, el cual, en términos idénticos a la de la Constitución de 1979, establecía que:

Artículo 2.- Son principios de la función jurisdiccional y derechos en el proceso:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.

El debate se inicia con la intervención del señor Chirinos Soto, quien señala que:

2. [N]o existe la jurisdicción arbitral. Los árbitros no tienen jurisdicción. Fue un exceso de la Constitución de 1979 la llamada jurisdicción arbitral. El árbitro no tiene *coertio*, señor presidente. El árbitro no puede hacer efectivas sus resoluciones, pues terminado su trabajo hay que llevar el laudo arbitral al Poder Judicial, que es el que tiene la jurisdicción, donde el juez común hace cumplir esa decisión arbitral.

Interrumpe el señor Fernández Arce:

Efectivamente, como dice el doctor Chirinos Soto, el árbitro no tiene *coertio*, pero sí tiene *iurisdictio*; y si tiene *iurisdictio*, es jurisdiccional.

Retoma el señor Chirinos Soto:

La *iurisdictio* supone la *coertio*, porque sin *coertio* la *iurisdictio* está en el aire [...].

Interrumpe la señora Flores Nano:

Pero, el árbitro dicta derecho, es decir, que esa medida ejerce jurisdicción.

Replica el señor Chirinos Soto:

Pronuncia derecho, pero no lo hace cumplir, porque no tiene *coertio*. Entonces, no es verdadera jurisdicción, sino un muñón de jurisdicción [...]. Lo que tenemos que hacer es otra cosa: reconocer el procedimiento arbitral, pero no darle carácter de jurisdicción, que no tiene. Sólo hay una jurisdicción, señor presidente. La jurisdicción que existe es la ordinaria, pero, excepcionalmente, el Estado reconoce el fuero castrense y admite los procedimientos de arbitraje. Eso es lo que propongo, señor presidente. Por ello, sugiero la redacción siguiente:

«La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, salvo la militar. La ley reconoce los procedimientos de arbitraje».

Ésta es la verdadera manera de decir las cosas jurídicamente, porque los árbitros no tienen *coertio*, aunque tengan jurisdicción, y tienen jurisdicción delegada o convenida por las partes. El arbitraje no es sino una forma de transacción [...]. Se trata de una jurisdicción convenida por las partes, establecida por los ciudadanos particulares. Reconozcamos el procedimiento arbitral, pero no le demos carácter de jurisdicción, sobre todo porque no la tiene. En ningún manual de derecho, señor Fernández Arce, ni nadie, va a encontrar que los árbitros tienen *iurisdictio* o *coertio*. Es cierto que tienen *iurisdictio* que las partes le delegan.

Interviene la señora Flores Nano:

Creo que el tema es el reconocimiento a la capacidad de un árbitro de dictar derecho, de resolver una controversia., que constituye, en efecto, una excepción al régimen general de la jurisdicción ordinaria. En esa medida, afirmar que hay una excepción jurisdiccional, entendida la expresión como capacidad de resolver una controversia y de dictar derecho, me parece acertada. Considero que no es una inexactitud afirmar que, frente a

la regla de la jurisdicción ordinaria, está la excepción de jueces que no son tales; pero a los que el Estado les reconoce capacidad de resolver controversias, y también de árbitros que solucionan conflictos y, por tanto, dictan derecho por delegación de las partes. Son dos situaciones excepcionales frente a la regla genérica de que la resolución de las controversias y la capacidad de hacer ejecutar fallos corresponde sólo a los jueces. Pienso que la expresión constitucional es correcta. Hay la jurisdicción en el sentido de que hay capacidad de dictar derecho, hay capacidad de resolver controversias por una fuente de poder diferente de la que señala ordinariamente la Constitución como regla.

El señor Chirinos Soto interrumpe:

Nadie niega que hay esa capacidad del árbitro de pronunciar reglas de derecho, pero es delegada por las partes. Aun con esa delegación, no tiene *coertio*, es decir, es un muñón, es un conato de jurisdicción, porque la *coertio*, para ejecutar la sentencia del árbitro, tengo que ir al juez común. ¿Qué jurisdicción es esa?

Continúa con el debate la señora Flores Nano:

[P]ero, lo que está consagrándose constitucionalmente es la capacidad de resolución de una situación conflictiva. La regla es que sólo la puede ejercer quien es juez, porque goza de una potestad constitucional y de un poder jurisdiccional para dictar derecho y ejecutar sus fallos, que es una consecuencia. Pero, esta regla tiene dos excepciones. La primera regla es [...] la jurisdiccional militar. Pero, adicionalmente, también se reconoce otra fuente de poder para resolver controversias, que es a través de los árbitros. En ese sentido, en mi concepto, sí hay una función jurisdiccional. Se dicta derecho y se resuelven controversias porque la fuente del poder, que es la Constitución, le otorga este ámbito paralelo.

Finalmente, sometido a la votación, el proyecto es aprobado con siete votos a favor, uno en contra (del señor Chirinos Soto) y dos abstenciones (de la señora Martha Chávez y del señor Samuel Matsuda).

4.2.4. Debate del Pleno del Congreso Constituyente Democrático de 1992

Antes de la aprobación del artículo correspondiente a la llamada «jurisdicción arbitral», en el Debate del Pleno (29.^a R-1 Sesión vespertina del día martes 24 de agosto de 1993), existe una constancia de la intervención del congresista Ántero Flores-Aráoz Esparza que, sustentando la reconsideración del reconocimiento constitucional del arbitraje, manifiesta lo siguiente:

[S]i bien es cierto que la jurisdicción la ejerce el Estado, y si bien es cierto también que ése es un derecho de las personas que tienen diferendos, el de recurrir a esa jurisdicción estatal, que es una garantía de la intervención del Estado para administrar justicia, esas mismas personas podrían voluntariamente acogerse a lo que se llama la jurisdicción voluntaria, que en este caso es la jurisdicción a la que se ha mal llamado «jurisdicción arbitral», porque en el fondo no es jurisdicción, sino el acto voluntario de las partes que pretenden renunciar a la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción particular. Creo que darle mayor seguridad jurídica, con rango constitucional, a esta jurisdicción arbitral, es conveniente. Por un lado, lógicamente va a significar que el Poder Judicial no esté tan abrumado de causas. Segundo, si quienes tienen un diferendo, prefieren que éste sea resuelto por árbitros, no podríamos negarnos a ello. A los que tienen el diferendo y voluntariamente quieren buscar una jurisdicción diferente de la jurisdicción del Estado, que la ejerce el Poder Judicial, no tendríamos realmente por qué negarles esa posibilidad. Si bien es cierto que hay una Ley General de Arbitrajes, si bien es cierto que los arbitrajes están reconocidos en tratados internacionales que suscribió el Perú, creemos que darle rango constitucional a esta norma es preferible a no hacerlo. No significa de modo alguno que desaparezca la jurisdicción arbitral

al no estar dentro de la Constitución. Pero, si quienes utilizan esa jurisdicción desean darle ese rango, no veo por qué tenemos que oponernos a una cosa que es justa y que lógicamente nos haría sintonizar con la voluntad del pueblo peruano.

Luego de ello no se deja mayor constancia del debate y el Pleno acogió tal sustento y en la 29.^a S-1 Sesión (vespertina) del día miércoles 25 de agosto de 1993, aprobando lo que hoy por hoy es el artículo 139 de la Constitución Política:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

4. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

Como se advierte, el debate en ambas constituyentes se centró, básicamente, en la configuración del arbitraje como jurisdicción y con base en el cual se discutió su incorporación en el capítulo de la Constitución correspondiente a los principios, derechos y/o garantías de la función jurisdiccional.

Llama la atención que fueron prácticamente uno o dos constituyentes (Valle Riestra y Enrique Chirinos Soto) que, en el Debate de la Constitución de 1979, pugnaron porque no se reconociera al arbitraje como jurisdicción, mas en su gran mayoría optaron por su incorporación como una jurisdicción excepcional o especial de la ejercitada ordinariamente por el Poder Judicial.

En puridad, la discusión de este asunto no es pacífica en la doctrina, incluso, en tiempos actuales. Así, ante el auge y prestigio del arbitraje, sobre todo, en el ámbito comercial y de inversión, hay autores que niegan que la institución tenga naturaleza jurisdiccional, a lo mucho su naturaleza es procesal o procedimental, como veremos más adelante.

Lo cierto es que en la gestación de ambas constituciones, el reconocimiento constitucional del arbitraje y la conveniencia en la categoría «jurisdicción arbitral» fue por un propósito, más que nada, práctico y no tanto porque lo exija su naturaleza. Como bien dijo Aramburú Menchaca, replicando a Valle Riestra en el Debate de la Constitución de 1979:

No hay razón para temer decir «jurisdicción arbitral» [...]. Queda muy bien la palabra «jurisdicción arbitral», es algo que robustece el arbitraje. En este momento existe en el mundo un gran auge hacia el arbitraje [...]. De manera que invitaría a mi colega, el doctor Valle Riestra, a fortalecer la institución del arbitraje que es tan práctica, manteniendo el término «jurisdicción arbitral», que no es exactamente un contrato.

Del mismo modo, en el Debate de la actual Constitución, el congresista Flores-Aráoz reconoció que:

[S]i bien es cierto que la jurisdicción la ejerce el Estado, y si bien es cierto también que ése es un derecho de las personas que tienen diferendos, el de recurrir a esa jurisdicción estatal, que es una garantía de la intervención del Estado para administrar justicia, esas mismas personas podrían voluntariamente acogerse a lo que se llama la jurisdicción voluntaria, que, en este caso, es la jurisdicción a la que se ha mal llamado «jurisdicción arbitral», porque en el fondo no es jurisdicción, sino el acto voluntario de las partes que pretenden renunciar a la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción particular. Creo que darle mayor seguridad jurídica, con rango constitucional, a esta jurisdicción arbitral es conveniente [...]. Si bien es cierto que hay una Ley General de Arbitraje, si bien es cierto que los arbitrajes están reconocidos en tratados internacionales que suscribió el Perú, creemos que darle rango constitucional a esta norma, es preferible a no hacerlo. No significa de modo alguno que desaparezca la jurisdicción arbitral al no estar dentro de la Constitución. Pero, si quienes utilizan esa jurisdicción desean darle ese rango, no veo por qué tenemos que oponernos a una cosa que es justa y

que lógicamente nos haría sintonizar con la voluntad del pueblo peruano.

He aquí, a nuestro parecer, el fundamento real de por qué el arbitraje fue reconocido como «jurisdicción excepcional» dentro de nuestra Constitución.

4.3. La constitucionalización del arbitraje en la Constitución de 1993: análisis y crítica

Se puede afirmar que es la Constitución de 1993 la que mejor plasma las características del Estado constitucional de derecho, y es con el estudio de esta Constitución que la corriente del *neoconstitucionalismo* ingresa con mayor contundencia en nuestro país, por lo que bien podría decirse que el fenómeno de la constitucionalización contemporánea de los derechos (neoconstitucionalización) se presenta en esta Constitución y —por supuesto— por el rol que le es asignado y cumplido por el actual Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la Constitución de 1993 nada innova en cuanto a la constitucionalización contemporánea del arbitraje, por cuanto lo que hace es repetir casi textualmente lo ya consagrado en la Constitución antecesora. Veamos:

Artículo 139.- Principios y derechos de la función jurisdiccional.-

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

2. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

Aunque ahora (es decir, en la Constitución de 1993) se habla de «principios y derechos de la función jurisdiccional» y ya no de «garan-

tías de la administración de justicia», sin embargo, se yerra, igualmente, al equiparar el arbitraje con la función jurisdiccional y, sobre esa base, atribuirle a la función arbitral los derechos y principios de la función jurisdiccional.

Asimismo, se tiene que la actual Constitución consagra también la libertad contractual y de contratación en el ámbito general y con relación a la inversión nacional y extranjera. Así:

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. «Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial», según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a

tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. «Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

En suma, se puede advertir claramente que el arbitraje ha estado presente en nuestra historia constitucional desde el siglo pasado, esto es tanto en la época del Estado de derecho clásico o liberal (Estado de legal de derecho) como en el actual Estado constitucional, tanto en el constitucionalismo clásico como en el constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo.

Sin embargo, en los tiempos actuales, la constitucionalización específica del arbitraje no ha correspondido a una concepción correcta del arbitraje acorde con sus fundamentos ya antes analizados, ocurriendo lo mismo con la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional que, básicamente —a partir del texto constitucional—, considera erróneamente al arbitraje como una jurisdicción, comulgando claramente con la teoría jurisdiccionalista del arbitraje, ya glosada también en el primer capítulo de la presente obra.

4.4. Propuestas para una debida constitucionalización del arbitraje en el Perú

¿Qué constituye una correcta constitucionalización del arbitraje en los tiempos del neoconstitucionalismo?

4.4.1. Constitucionalización de la dimensión «libertad» del arbitraje

En cuanto a la dimensión ontológica del arbitraje: la «libertad», ésta es un elemento natural del arbitraje. La libertad es consustancial al arbitraje. Hemos dicho a lo largo del presente trabajo que el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo natural de solución de conflictos. La libertad es el fundamento o causa del origen del arbitraje. Sin libertad no hay arbitraje. Libertad que jurídicamente se encuentra expresada en el principio general de la autonomía de la voluntad, y contractualmente

en la libertad de contratar y la libertad contractual, las cuales encuentran su plasmación específica en el «convenio arbitral».

Siendo ello así, la constitucionalización del arbitraje debe, en principio, consistir en el reconocimiento de éste su primer aspecto: el reconocimiento de la libertad como su fundamento. Ello no significa que la Constitución deba expresamente reconocer este aspecto del fundamento del arbitraje por cuanto ya de por sí todas las Constituciones contemporáneas (que tienen como sustento la ideología liberal como base) no dejan de reconocer como uno de los derechos fundamentales de las personas, la libertad civil, expresada también en nuestra actual Constitución, a saber:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

[...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

- a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Todas las Constituciones liberales o las que tienen como base en la ideología del liberalismo, lo cual en el Perú sucede con todas las Constituciones de nuestra historia, no dejan de reconocer este derecho fundamental que es, precisamente, el fundamento constitucional del arbitraje. Reforzado ello con la libertad de contratar y la libertad contractual, tal como la Constitución las reconoce, a su vez, en sus artículos 2 y 62.⁴²⁵

⁴²⁵ Constitución Política de 1993:

«Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.- Toda persona tiene derecho:

[...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público».

«Artículo 62.- Libertad de contratar.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...]».

Quizás un peor escenario constitucional que genere controversia respecto de la constitucionalidad del arbitraje sea aquél presentado en la Constitución de 1823 —la primera en nuestra historia constitucional—, que no reguló nada acerca del arbitraje y, más bien, su artículo 96 fue muy explícito al disponer que:

No se conocen otros jueces que los establecidos por la Constitución, ni otra forma de juicios que la ordinaria que determinen las leyes.

Sin embargo, aun así, la práctica del arbitraje ya de por sí se encontraba garantizada, por cuanto en el artículo 193 de dicha Constitución se declaraba la «libertad civil» como uno de los derechos inviolables y —según el artículo 194— todos los peruanos tenían el derecho de reclamar el uso y ejercicio de tales derechos, siendo un deber de las autoridades respetarlos y «hacerlos guardar religiosamente por todos los medios».

Y —si se quiere— un mejor escenario constitucional que puede presentarse en este aspecto del arbitraje el que brindan las Constituciones de 1828 y 1839, que en sus artículos 162 y 164, respectivamente, disponían que:

Ningún peruano puede ser privado del derecho de determinar sus diferencias por medio de jueces árbitros.

Donde el principio-derecho fundamental de autonomía de la voluntad es reforzado con clara mención del «derecho de acceso al arbitraje».

También, cabe resaltar el artículo 62 de la Constitución vigente que dispone que:

[...] Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanis-

mos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...].

De lo cual se precisa que los conflictos derivados de la contratación pueden ser solucionados no sólo a través del Poder Judicial, sino por medio del arbitraje. Empero, resulta, a su vez, necesario precisar que el arbitraje no tiene su fuente específica en las libertades contractuales, sino en el ya mencionado principio de autonomía de la voluntad, siendo el contrato tan sólo una de sus manifestaciones, aunque el más importante.⁴²⁶ Por tanto, a nuestro criterio, el reconocimiento de la libertad civil (o autonomía de la voluntad) es suficiente para la constitucionalidad de la práctica del arbitraje debido a que este mecanismo no sólo es heterocompositivo, sino también una forma adoptada naturalmente por el hombre en toda sociedad, fruto de su libertad y la razón, únicas y exclusivas del ser humano.

Bien podríamos atrevernos a afirmar que aun en gobiernos despóticos o autoritarios no podría prohibirse la práctica del arbitraje, sino en todo caso regularla o limitarla en alguno de sus aspectos, pues lo contrario importaría abdicar a la libertad y la justicia como bienes y valores naturales y racionales de toda sociedad.

4.4.2. *Constitucionalización de la dimensión «justicia» del arbitraje*

El arbitraje no sólo encuentra su fundamento en la libertad. De hecho, que la libertad es su causa-fuente, pero no toda su razón de ser. La *ratio essendi* de nuestra institución se halla también en su causa-fin ¿Para qué existe el arbitraje? Para hacer justicia entre los hombres en los conflictos

⁴²⁶ Hoy por hoy, el arbitraje ha «invadido» en casi todos los aspectos del derecho; es así que se puede hablar no sólo de arbitraje comercial, de inversión, sino que este medio heterocompositivo se presenta de utilidad para resolver, a su vez, para asuntos de derecho de familia, tributario, societario, sucesiones, laboral, penal, medio ambiente, etc. Ver a este respecto, interesantes trabajos en: *Arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (primera y segunda parte). «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, vols. 3 y 4, 2007.

intersubjetivos de derechos disponibles se presenten en su vida de relación. Éste es el fundamento axiológico o valorativo del arbitraje.

En este sentido, respecto a este aspecto de la constitucionalización del arbitraje hemos visto que ninguna de nuestras constituciones hace referencia a ello, salvo las Constituciones de 1979 y 1993 que, en idénticos términos, hacen referencia a la «jurisdicción arbitral» en el ya citado inciso 1 del artículo 139; a saber:

Artículo 139.- Principios y derechos de la función jurisdiccional

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]

3. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral [...].

Pero este artículo no sólo ha constitucionalizado este aspecto del arbitraje, sino que, a su vez, ha otorgado al arbitraje el carácter de «jurisdicción de excepción» al lado de la jurisdicción militar y alternativo a la jurisdicción estatal. Esta pretendida «jurisdiccionalización» del arbitraje es admitida y/o defendida sin rubor alguno por buen sector de la doctrina nacional y extranjera, y también por el Tribunal Constitucional nuestro.

En sede nacional, el profesor César Landa Arroyo expresa, por ejemplo, que:

En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción de excepción, a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 (artículo 233, inciso 1). Esta disposición constitucional se ha reproducido, a su vez, en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución vigente y ha sido materia de recientes pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional. El mismo que —en tanto supremo intérprete de la Constitución— ha visto la necesidad de definir los contornos constitucionales y los principios aplicables a la jurisdicción arbitral, a fin de armonizar y optimizar su relación con

los demás órganos jurisdiccionales que imparten justicia en el ejercicio legítimo de las atribuciones que les han sido constitucionalmente conferidas.⁴²⁷

Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama manifiestan también que:

En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción de excepción, [...]. Sin embargo, el debate en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje es permanente. Al respecto, debemos partir por establecer que no puede pretender desconocerse el texto expreso de la Constitución, que el Tribunal Constitucional está encargado de tutelar. Lo cual tiene importante implicancia sobre la fuente misma de la legitimación de los árbitros para resolver, de manera definitiva, las controversias sometidas a su conocimiento [...].⁴²⁸

A su turno, Fernando Vidal Ramírez nos dice que:

[...], cualquiera que sea el tenor de los textos constitucionales que hacen referencia al arbitraje, y aún cuando su mención sea omitida, pero esté autorizado y regulado legalmente, más allá de los textos, considero que puede y debe sostenerse que el arbitraje constituye una función jurisdiccional, desde que los árbitros deben declarar el derecho que asiste a una de las partes al resolver la controversia que han sometido a su conocimiento [...].⁴²⁹

⁴²⁷ LANDA ARROYO, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, vol. 21, 2009, p. 17.

⁴²⁸ ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y CAROLINA CANALES CAMA. «El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de la jurisdicción arbitral». En *Arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo-Palestra Editores, 2010, vol. 13, pp. 26-27.

⁴²⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccional del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2006, n.º 3, p. 560.

Aunque después precisa que:

[E]l arbitraje no es, pues, consecuencia de una comisión ni de una delegación de la jurisdicción ordinaria, sino de la autonomía de la voluntad privada que origina una jurisdicción independiente, si se quiere de excepción, que no afecta el principio constitucional de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional ejercida por los órganos del Estado. La jurisdiccionalidad del arbitraje se origina en lo que en el Perú hemos resumido con el nomen iuris de convenio arbitral... El convenio arbitral es, simplemente, la fuente jurídica del arbitraje y tiene plena eficacia jurídica y oponibilidad⁴³⁰.

Ricardo Vásquez Kunze manifiesta que:

No nos cabe duda de que el arbitraje tiene una función jurisdiccional en la medida de que los árbitros están autorizados por la Constitución a «decir el derecho» en una controversia determinada, si no, ¿cuál sería el objeto y gracia del arbitraje? Para nosotros, ése es el elemento fundamental de toda función jurisdiccional. Pero, no nos cabe tampoco la menor duda de que ese elemento fundamental, en caso del arbitraje, nace por medio de un contrato permitido por la ley. Así, únicamente se ventilará en esta institución una controversia en tanto exista un contrato que faculte la actuación de los árbitros. Esto significa que, ausente el contrato, no será posible de se proceda a resolver controversia alguna por medio del arbitraje.⁴³¹

En la doctrina extranjera, Roque Caivano afirma que:

Aunque la tradicional doctrina procesal haya pretendido negarlo o minimizarlo, hoy se reconoce que los árbitros y amiga-

⁴³⁰ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccional del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2006, n.º 3, p. 560.

⁴³¹ VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. «La Constitución del Perú y la teoría jurisdiccional del arbitraje». En *Arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 8, pp. 57-58.

bles componedores también ejercen jurisdicción, ya que en su desempeño se encuentran las características propias de aquélla. Admitir la jurisdicción en manos privadas, ejercida por árbitros libremente elegidos por las partes, no es sino reconocer en los hechos la equiparación que tiene la autonomía de la voluntad de los particulares sobre sus derechos disponibles con la propia ley [...].⁴³²

En otro de sus trabajos, el arbitrarista argentino precisa que:

No cabe duda de que los árbitros ejercen una función esencialmente jurisdiccional. Aun cuando carecen de *imperium*, lo que define la esencia de la jurisdicción es la atribución cognitiva y decisoria, y el efecto que esta decisión tiene, independientemente de si el órgano que la dictó puede ejecutarla forzosamente por sí mismo o si debe recurrirse al auxilio de otro. Sin embargo, es evidente que la jurisdicción de los árbitros no es exactamente igual a la de los jueces. Entre otras diferencias —que, sin embargo, no alteran la similitud sustancial, consistente en resolver de manera vinculante y obligatoria— interesa aquí destacar que la jurisdicción de los tribunales judiciales tiene carácter imperativo y amplio (no depende de un acto voluntario de adhesión ni tiene límites respecto de las materias que pueden someterse a su decisión), mientras que la jurisdicción arbitral es voluntaria y limitada.⁴³³

Tenemos también a la española Silvia Barona Vilar, que afirma que:

No se trata de una cuestión baladí. Responde a una concepción diversa: el arbitraje es un medio de tutela, exactamente igual que la Jurisdicción; los laudos arbitrales tienen efecto de cosa juzgada, igual que las sentencias. La función de los árbitros es igual que la que se ejerce por los órganos jurisdiccionales en cuanto

⁴³² CAIVANO, Roque. *El control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 13.

⁴³³ CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2006, 2006, pp. 115-116.

a la función declarativa. Así, jurisdicción y arbitraje, arbitraje y jurisdicción coexisten y perviven como dos posibilidades, dos realidades, que, en suma, son respuestas que se asumen desde la autonomía de la voluntad. Es el ciudadano el que decide si quiere acudir a los árbitros o a los jueces.⁴³⁴

Y, finalmente, el francés Bruno Oppetit también está seguro de que:

El arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlín: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia, privada, es cierto, pero una justicia, al fin y al cabo: ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de jurisdicción en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco dentro del que es ejercida; este marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución: desde el instante en que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural (y no solamente en el arbitraje institucional), así sea en forma más adaptadas a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualquiera que ésta sea”⁴³⁵.

El Tribunal Constitucional nuestro, por su parte, ha ido, incluso, mucho más lejos al sostener, en el Expediente n.º 6167-2005-PHA/TC, enfáticamente que:

Este tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral sobre materias de carácter disponible,

⁴³⁴ BARONA VILAR, Silvia. «Arbitraje en el modelo de justicia español del siglo XXI». En *Derecho arbitral*. García Ascencios, Frank (dir.). Lima: Adrus, 2013, pp. 13-14.

⁴³⁵ OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis, 2006, p. 57.

con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad administrativa o judicial ordinaria. Y, que: «[...] la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se funda en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución [...]».⁴³⁶

Sin embargo, ¿este aspecto corresponde a una debida constitucionalización del arbitraje?, es decir, ¿es realmente el arbitraje una jurisdicción?

Respecto de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje plasmado en la Constitución nuestra, existen autores en nuestro medio que exponen con certeros fundamentos la negación de tal naturaleza jurídica que también nosotros las compartimos. Así, por ejemplo, Aníbal Quiroga León considera categóricamente que:

[s]e debe eliminar la referencia a una jurisdicción arbitral ya que técnicamente es inadecuada. Ello no descarta la conveniencia de un reconocimiento constitucional expreso de los diferentes medios alternativos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación y conciliación.⁴³⁷

La profesora Marianella Ledesma Narváez expresa, aunque probablemente con razones de «salvataje», es decir, pretendiendo brindar una interpretación constitucional, que:

[...] No hay que confundir «función jurisdiccional» con «jurisdicción», entendida ésta última como sinónimo de competencia en atención a la especialización que el desarrollo de las funciones

⁴³⁶ STC n.º 6167-2005-HC/TC. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

⁴³⁷ QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia». En *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco, p. 128.

requiere. El propio mandato constitucional es claro al afirmar la unidad y exclusividad de la «función jurisdiccional», pero no de la jurisdicción, pues ella está repartida como expresión de competencia en los diversos ámbitos especializados del ejercicio del poder [...]. Frente a este panorama, el TC ha reafirmado el carácter jurisdiccional del arbitraje en su pronunciamiento emitido en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC-Lima. Por nuestra parte, sostenemos que el arbitraje no es expresión de función jurisdiccional, sino una actividad regida por el principio de autonomía de voluntades y que la referencia a ella se encuentra en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución, donde se afirma que ésta debe ser calificada como un tema de competencia y no de actividad jurisdiccional. Como ya se ha señalado, a la función jurisdiccional se le atribuye diversos atributos, como el conocer y decidir el conflicto y la ejecución de lo decidido recurriendo a la *vis* compulsiva de la jurisdicción; situación que no se aprecia en la actividad arbitral, pues siempre buscará apoyo de la jurisdicción para la ejecución de la cautela y de los laudos con prestaciones de condena. ¿Cómo se puede calificar de función jurisdiccional a una actividad privada, que de por sí carece del poder de la *executio*? La falta de ese atributo en la actividad arbitral niega su condición de acto jurisdiccional, sin que ello signifique que no sea un mecanismo válido, reconocido constitucionalmente, como una justicia alterna a la estatal.⁴³⁸

En otra parte, la referida profesora y magistrada continua que:

Como ya se ha sostenido, citada norma constitucional hace referencia a la función jurisdiccional y a la jurisdicción. Ambas encierran significación diversa pues no se puede equiparar bajo una sola categoría definiciones diferentes. La función jurisdiccional debe ser entendida como el poder-deber que tiene el Estado para otorgar tutela a los litigantes que recurren a él para hacer realidad el derecho objetivo. Para ello gozan de diversos poderes, como la notio, vocatio, la iuditio, la coertio y la execu-

⁴³⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.ª edición, p. 43.

tio; poderes que no se encuentran en su totalidad en la actividad que puedan desarrollar los árbitros. Si bien la Constitución hace referencia a la jurisdicción, hay que entender como una expresión de competencia objetiva que puede ser dispuesta por los particulares cuando se trate de materias disponibles, a fin de que sean de conocimiento por jueces privados. De esta forma se produce el desplazamiento de la competencia o la derogación de la competencia por arbitraje; por tanto, se puede afirmar que la función jurisdiccional es única, exclusiva y ejercida por el Poder Judicial. No cabe considerar al arbitraje, incluso, de manera excepcional, como jurisdicción, ya que la base y el sustento del arbitraje es el contrato. Así como las partes han acordado celebrar determinados negocios, también han convenido el modo de resolver los posibles diferendos. Es justicia privada porque nace de un contrato que tiene por presupuesto el ejercicio de la autonomía de la voluntad y un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad, como el acogido en el artículo 62 de la Constitución.⁴³⁹

Y culmina diciendo que:

Por otro lado, cuando el tribunal sostiene que los árbitros como componedores jurisdiccionales están sujetos a la jurisprudencia constitucional del tribunal, les atribuye el carácter jurisdiccional, ya que estos están obligados a respetar los derechos fundamentales. No compartimos este criterio, pues los derechos fundamentales son de aplicación absoluta en cualquier proceso sin distinción. Nadie está exento de no respetarlos. En caso de afectación, el titular se encuentra en aptitud de recurrir a los mecanismos de garantía constitucional para conseguir su inmediata reposición y respeto. No es necesario atribuir los efectos de la función jurisdiccional para el respeto a los derechos fundamentales; estos existen y son considerados como tal, aún bajo la óptica privatista del arbitraje.⁴⁴⁰

⁴³⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ob. cit.*, p. 52.

⁴⁴⁰ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ob. cit.*, p. 53.

Pero, a nuestro entender, es el magistrado Jaime Abanto Torres quien expresa buenas razones que dan cuenta que el arbitraje en modo alguno constituye una «jurisdicción»; el referido magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima nos dice que:

El Tribunal considera que la jurisdicción arbitral es un ejercicio de la función jurisdiccional y como tal se encuentra vinculada a las decisiones del Tribunal Constitucional. Nos preguntamos, ¿por el hecho de no ser el arbitraje un ejercicio de la función jurisdiccional, no se encontraría sometido a la Constitución? Teniendo en cuenta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la respuesta es negativa. Entonces, constituya o no un ejercicio de la función jurisdiccional, resulta claro que el arbitraje está sometido a la Constitución. Luego, era innecesario asimilar el arbitraje a la jurisdicción para decir que se encuentra sometido a la Constitución.⁴⁴¹

Visto así el panorama doctrinal y jurisprudencial, a nosotros no nos queda más que decir que, recurriendo nuevamente a los esbozados fundamentos (*ius*-sociológico y *ius*-filosófico) del arbitraje, si bien el arbitraje tiene de común con la jurisdicción (o función jurisdiccional, como quiera llamársela) que ambos son mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos en una sociedad; sin embargo, resulta claro que la jurisdicción es una de las potestades que se atribuye, reserva en forma única y exclusiva el Estado para dirimir los conflictos de intereses (de interés público o de disposición privada) que se suscite en su territorio.

En este sentido, el arbitraje no puede ser ni siquiera equiparado a la jurisdicción, es ésta quien más bien encuentra su antecedente en aquél, ya que —como también hemos manifestado— el arbitraje es históricamente anterior al propio Estado y a la función jurisdiccional. Se podría afirmar con certeza que, donde en sus inicios hubo sociedad, no

⁴⁴¹ ABANTO TORRES, Jaime David. «El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2006, n.º 3, p. 167.

necesariamente hubo Estado ni jurisdicción, sino, antes bien, métodos naturales de composición de litigios inevitables en todo grupo humano, entre ellos: el arbitraje.

Entonces, ¿qué es el arbitraje? La respuesta no la podemos encontrar sino en los fundamentos filosóficos del arbitraje, ya analizados, a su vez, casi al inicio del presente trabajo.

Consideramos que, en realidad, el error de catalogar o equiparar al arbitraje con la jurisdicción parte de la propia estructuración del sistema de administración de justicia en la Constitución. No hay una real concepción de la justicia en la Constitución, se dice que:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (artículo 138).

Si bien la Constitución con ello se refiere a la justicia que el Estado imparte a través del Poder Judicial y otros órganos especializados que forman parte también del Estado; sin embargo, la justicia no es privativa de los órganos jurisdiccionales. La potestad de administrar justicia no sólo emana del pueblo ni se ejerce sólo por el Poder Judicial. El concepto de soberanía popular es la que legitima a la «función jurisdiccional». Todo poder que ejerce el Estado emana del pueblo, dentro de ellos el Poder Jurisdiccional, pero, en modo alguno, al arbitraje encuentra su legitimación en tal concepto de «soberanía popular», hemos dicho hasta la saciedad que antes del Poder del Estado ya existía (y, probablemente, exista en tanto exista conflictos) como mecanismo natural y luego alternativo al del Estado, el «arbitraje».

El fundamento que legitima el arbitraje proviene también de un «poder», pero no del pueblo, sino de los propios particulares, de cada persona, sustentado en la libertad y la autonomía de la voluntad.

Empero, venga de donde provenga el poder de resolver conflictos; es decir, si del pueblo, refiriéndonos al que monopoliza el Estado y al que alternativamente corresponde a los particulares a través del arbitraje, lo claro y concreto es que ambos mecanismos tienen por finalidad alcanzar la «justicia» para el logro de la «paz social». Ambos mecanismos heterocompositivos (estatal y privado) son formas de impartir justicia, mecanismos «de administración de justicia», siendo, incluso, el arbitraje una forma mucho más natural de administración de justicia, en tanto la «jurisdicción» tiene como instrumento para dicho fin al derecho (por cuanto, la jurisdicción no es sino la declaración y efectivización del derecho que el juez hace en un caso concreto).

En cambio, el arbitraje no sólo tiene como medio de alcanzar la justicia a través del derecho (arbitraje de derecho), sino también mediante la razón y el leal saber de los árbitros (arbitraje de conciencia o de equidad). En este sentido, se puede con seguridad afirmar que éste es uno de los aspectos de mayor conveniencia que se tiene con el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En suma, creemos que la Constitución debió reconocer al arbitraje en su real dimensión, esto es, como uno de los mecanismos naturales para resolver conflictos de intereses de libre disposición de las partes; es decir, un mecanismo establecido por los propios contendientes en ejercicio de su autonomía de la voluntad y a través de ella alcanzar la justicia no sólo recurriendo al Poder Judicial ni forzando el concepto de «jurisdicción», sino en ejercicio del poder de autorregulación de sus derechos e intereses, recurriendo a un tercero de cualidades especiales (el árbitro) para que éste resuelva el conflicto conforme al instrumento jurídico que las propias partes también han optado.

En este sentido, podemos decir que existe un derecho a la justicia que corresponde a toda persona en tanto ser humano, «ser» con dignidad. La justicia puede ser brindada o hallada en el Estado (justicia estatal a través de la jurisdicción o función jurisdiccional) o entre los

propios particulares, pero acudiendo a la razón y la libertad (justicia arbitral o función arbitral). Así, ambos (es decir, la jurisdicción y el arbitraje) son medios de impartición de justicia y, por ende, ambos están sujetos al respeto de los principios y garantías de la debida y justa administración de justicia, esto es, la tutela procesal y/o el debido proceso (denominados en la Constitución de 1993 como principios y derechos de la función jurisdiccional, artículo 139).

Como bien afirman José Palomino Manchego y Mario Chávez Rabanal:

El arbitraje es una alternativa de solución de controversias que tiene una manifestación estrictamente privada, delegándole el Estado la solución de determinadas controversias en el caso de que los particulares así lo concertaran. Y esta solución consensuada, como tal, dentro del ordenamiento constitucional debe ser respetuosa de los principios y derechos constitucionales.⁴⁴²

Resultan interesantes, en este sentido, las palabras del enciclopedista Bruno Oppetit, al decir que:

El arbitraje, en cualquiera de sus modalidades, hace parte de la misma búsqueda del ideal de justicia que persiguen las jurisdicciones estatales, como la había presentido H. Motulsky: hoy en día la misma filosofía del debido proceso impregna las finalidades y los principios de organización de toda forma de justicia pública o privada contribuyendo, así, a instaurar la función de juzgar sobre bases comúnmente aceptadas y respetadas.⁴⁴³

⁴⁴² PALOMINO MANCHEGO, José y MARIO CHÁVEZ RABANAL. «El control constitucional de la jurisdicción arbitral». En *Arbitraje y Constitución*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2012, vol. 21, p. 242.

⁴⁴³ OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2006, p. 265.

Y que:

[...] La idea contemporánea de justicia ha sido desinstitucionalizada: tendemos a ver en la justicia un bien público más que un servicio público [...]. Por consiguiente, las formas de justicia privada adquieren por ellas mismas una legitimidad independiente de todo reconocimiento estatal. El juez privado, quien no puede apoyarse como el juez público de la inserción en el aparato estatal en cuyo nombre dice el derecho y resuelve los litigios, encuentra en su aptitud a juzgar una legitimidad propia, fundada en el capital simbólico que representa su capacidad de juzgar, su competencia y su neutralidad: la adhesión voluntaria del justiciable se sustituye al efecto de autoridad que sólo conoce la justicia pública [...].⁴⁴⁴

Es por ello que consideramos que el arbitraje debe estar expresamente reconocido en la Constitución, mas creemos que en lugar de «jurisdicción arbitral» se debió hablar de «justicia arbitral» como mecanismo alternativo de la «justicia estatal». La categoría «jurisdicción arbitral» es un error, teniendo en cuenta que la jurisdicción es históricamente identificable a la función de administración de justicia que se atribuye exclusiva y excluyentemente el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales y encuentra su legitimación en la doctrina de la soberanía popular, para el arbitraje tal doctrina le es ajena.

4.4.3. Constitucionalización de la dimensión «proceso» del arbitraje

A este respecto debe, en principio, precisarse que, tanto en la «función arbitral» como en la «función jurisdicción» existe algo en común, por cuanto en ambos casos su realización se da a través de un conjunto de actos dialécticamente concatenados hacia el arribo de un fin: la solución del pleito. Este conjunto de actos constituye —hemos dicho— el «proceso arbitral» («actividad arbitral» locución tímida adoptada en la Ley de Arbitraje) y el «proceso jurisdiccional», en los cuales los

⁴⁴⁴ OPPETIT, Bruno. *Ob. cit.*, pp. 40-41.

órganos resolutores (árbitro y juez) adoptan decisiones, no sólo la que pone fin al proceso o procedimiento, sino las conducentes a dicho fin, las cuales pueden afectar la razonabilidad, la proporcionalidad, la justicia, la equidad y demás derechos y valores fundamentales; es por ello que la Constitución instituye una serie de derechos principios mínimos, que garantizan la existencia de un proceso justo, razonable y equitativo, constituyendo, precisamente, este conjunto de garantías mínimas el llamado *debido proceso* (*due process of law* en la tradición inglesa).

Así, el artículo 139 de la Constitución establece como principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción pre-determinada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Empero, el debido proceso no sólo está compuesto por las garantías establecidas en este inciso, sino también por las enunciadas a lo largo del referido artículo 139. En efecto, porque forman parte del debido proceso, derechos como: la pluralidad de instancia, publicidad de los procesos motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias, no ser penado sin proceso judicial ni en ausencia, no ser privado del derecho de defensa, prohibición de revivir procesos fenecidos, prohibición de aplicación de la ley penal por analogía, entre otros.

Ahora bien, siendo que la naturaleza teleológica tanto del proceso arbitral como del proceso judicial es una sola: la prosecución de la justicia. Por tales motivos es que también el proceso arbitral se encuentra, a su vez, garantizada por esa serie de derechos que conforman el llamado

«debido proceso» en lo que le fuere aplicable y a lo que bien se podría llamar «debido proceso arbitral».

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

4. Como este colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en los que respecta a los ámbitos sobre las que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que cada uno o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc.⁴⁴⁵

Siendo ello así, varias de las garantías principios del artículo 139 de la Constitución que corresponde al debido proceso son, a su vez, aplicables al proceso arbitral y conformarían el bloque de garantías-derechos-principios del llamado «debido proceso arbitral».

Sin embargo, se tiene que la Constitución ha preferido regular los «principios y derechos de la función jurisdiccional» (artículo 139) y referirse dentro de ellos al «debido proceso y la tutela jurisdiccional», categorías que no concuerdan con la naturaleza de la justicia arbitral.

Es por ello que también, sin necesidad de especificar los principios y derechos de la función arbitral, debe, sin embargo, modificarse los extremos del referido artículo 139 y el referido inciso 3, en el sentido de

⁴⁴⁵ STC n.º 03075-2006-AA/TC. Ver íntegro de sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03075-AA.html>.

que debe referirse a «principios y garantías de la impartición de justicia» en el entendido de que, en realidad, de dichas garantías corresponde a toda forma de impartición de justicia que brinde no sólo el Estado (justicia estatal, administrativa, militar, etc.), sino también a la que brindan los particulares, entre ellos, el arbitraje.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ Estas propuestas han sido también ya expuestas en el capítulo II de la presente investigación (punto referido a «El nuevo diseño constitucional de justicia como tarea de reforma constitucional»).

CAPÍTULO V

ESTADO CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE (2): EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Una de las características del Estado constitucional es el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos públicos y privados, característica ésta que deriva como consecuencia del principio de separación de poderes, el carácter normativo y vinculante de la Constitución y su supremacía sobre la ley, y, sobre todo, el ordenamiento jurídico, así como la fuerza normativa de la Constitución y su obediencia por la totalidad de los poderes públicos y de los particulares. Hans Kelsen llamaba a la Constitución norma fundante básica, lo cual implica que el fundamento de validez formal y sustantiva de todas las normas que forman parte del sistema jurídico sólo puede encontrarse en la Constitución.

El control de constitucionalidad sólo se puede lograr mediante el establecimiento de una jurisdicción constitucional, lo cual es también propio del Estado constitucional y que no necesariamente importa el establecimiento de un Tribunal Constitucional, sino que también puede recaer tal función en órgano del Poder Judicial.

La justicia constitucional viene a constituir precisamente «el conjunto de instituciones y medidas mediante las cuales el Estado resguarda su existencia y ordenamiento frente a los peligros que le amenaza desde

adentro [...], todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo la observancia de la Constitución».⁴⁴⁷

Por tanto, el control de constitucionalidad importa la existencia de una Norma Fundamental respecto de la cual pueda evaluarse y emitirse una decisión de compatibilidad o incompatibilidad con dicha norma fundamental, tanto de los actos del propio Estado (y sus instituciones todas) como de los propios particulares entre sí, tanto de las normas como de los actos de contenido jurídico que transgredan la Constitución en su forma y contenido.

Como bien señala José Julio Fernández Rodríguez:

El nacimiento de la justicia constitucional exige la aceptación previa de la idea de supremacía constitucional. Aquélla puede ser vista como una consecuencia de ésta, ya que si la Constitución es suprema, no puede admitir que normas inferiores la contradigan, por lo que se hace necesario articular un mecanismo que fiscalice la adecuación de las normas inferiores a la norma fundamental. El principio de supremacía constitucional se asienta en el carácter normativo de la Constitución, que hace de ésta no un conjunto de principios programáticos sino verdadera norma jurídica.⁴⁴⁸

El principio de supremacía constitucional se encuentra consagrado en el artículo 51 de la Constitución, el cual dispone con claridad que: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado». Es decir, exige que toda norma del ordenamiento legal del ámbito nacional, regional, local o

⁴⁴⁷ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 2000, vol. II, p. 279.

⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 22.

institucional, así como todo acto de autoridad emanado de los poderes Estado, Legislativo o Judicial, a través de cualquiera de sus instituciones y órganos que lo conforman, se ajuste y respete las normas, derechos, principios y valores consagrados en la Constitución.

Carlos Baez Silva manifiesta que la supremacía de la Constitución se fundamenta en el carácter normativo de dicho cuerpo normativo, y que además de ser la más importante, preside el ordenamiento jurídico, pues «no sólo crea el Estado y lo divide en órganos, sino que le atribuye a dichos órganos diversas facultades y obligaciones, [además] regula o norma conductas de los hombres, [previniendo] mecanismos para forzar el cumplimiento de las obligaciones que impone y resguardar los derechos que consagra, al mismo tiempo que establece sanciones a quienes se resistan a cumplirla o abiertamente realicen conductas no permitidas por la misma. Entonces, puede afirmarse que la Constitución es una norma jurídica; o, mejor dicho, un conjunto de normas jurídicas supremas, fundamentales».⁴⁴⁹

El profesor Gerardo Eto Cruz manifiesta también que:

Una de las consecuencias naturales del carácter normativo de la Constitución es el tema del control constitucional; el que a su vez se refleja en uno de los aspectos medulares en la construcción de la jurisdicción constitucional, consistente en el axioma de que no existe ningún órgano exento de del control constitucional. Así, en esta perspectiva el TC peruano ha señalado que:

[...] afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una meda carta política referencial, incapaz de vincular al poder [...]. Es por ello

⁴⁴⁹ BAEZ SILVA, Carlos. «La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D.F., 2001, n.º 105, p. 382.

que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares».

Dicho control constitucional no se circunscribe, sin embargo, en palabras del Tribunal Constitucional, sólo al control formal y material de actos positivos, sino que incluye también las «omisiones» en que incurran las autoridades estatales y que supongan un quebrantamiento de la Constitución [...].⁴⁵⁰

En otro pronunciamiento, el Tribunal Constitucional ha declarado que:

El Estado constitucional de derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según el cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.⁴⁵¹

1.1. Sistemas de control constitucional

Según doctrina constitucional uniforme, son dos los sistemas o modelos de control de constitucionalidad. Existe, en principio, un sistema esencialmente político de constitucionalidad y otro sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, pero este último se bifurca, a su vez, en dos modelos como son el sistema de control difuso (modelo americano) y el sistema de control concentrado (modelo europeo conti-

⁴⁵⁰ ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Adrus, 2011, 4.^a edición, p. 87.

⁴⁵¹ STC n.º 4053-2007-PHC/TC, fundamento jurídico n.º 12. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04053-2007-HC.html>.

nental). Asimismo, según el objeto de control, el control constitucional puede recaer sobre las normas, pero también sobre los actos públicos y de los particulares. Veamos.

1.1.1. El sistema de control político

En este sistema o modelo, el control de constitucionalidad es encargado a un órgano político o esencialmente político, como lo sería el propio Poder Legislativo o una institución constituida sobre la base de una designación política, como ocurre con el Consejo Constitucional de Francia.

Como afirma José Rivera Santiváñez:

Existe aquí una clara posición antijudicialista, es decir, la desconfianza del sistema político en la labor de los jueces y la excesiva confianza en la voluntad general, expresada en la revolución francesa por fuertes corrientes de pensamiento, tiene en Francia como el país arquetipo del modelo. Es un sistema que, en la actualidad, ya muy pocos países la han adoptado, tal es el caso de Cuba.⁴⁵²

Según Ignacio Burgoa, este sistema de control «[s]e caracteriza [...] en que la petición o solicitud de declaración de inconstitucionalidad de un acto o de una ley la hacen las mismas autoridades contra aquella o aquellas autoridades responsables de la violación. Por otra parte, el procedimiento observado para hacer la declaración mencionada no es contencioso, es decir, en él no se entabla una verdadera o controversia entre el órgano petionario y la autoridad contraventora de la Constitución, sino que estriba en un mero estudio hecho por el poder contralor acerca de la ley o actos reclamados, con el fin de conducir si son constitucionales o no. Por último, la resolución pronunciada no reviste el carácter

⁴⁵² RIVERA SANTIVÁÑEZ, José. «Supremacía constitucional y sistema de control de constitucionalidad». Véase en: *Derecho procesal constitucional*. Castañeda Otsu, Susana (coord.). Lima: Jurista Editores, 2004, 2.^a edición, tomo I, p. 59.

de una sentencia, ya que ésta recae únicamente en los procedimientos de contención, teniendo aquélla efectos *erga omnes*, esto es, generales y absolutos».⁴⁵³

1.1.2. El sistema de control jurisdiccional

Bajo este modelo, el control de constitucionalidad está encomendado a un órgano dotado de jurisdicción y competencia para ejercer el control a través de un procedimiento especial previsto por ley. La doctrina diferente dos variantes en este sistema de control de constitucionalidad teniendo en consideración, básicamente, el órgano que cumple tal labor de control. En este sentido, se distingue el sistema de control jurisdiccional difuso o modelo americano y el sistema de control jurisdiccional concentrado o modelo europeo. Veamos.

a) El sistema de control difuso (modelo americano)

Para Jaime Flores Cruz:

El control difuso o llamado sistema americano de control judicial de la constitucionalidad, surgió a partir de 1803, cuando la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América al fallar el caso *Marbury vs. Walton*, declaró contraria a la Constitución una ley que creaba cargos judiciales de índole menor, ejerciendo así su facultad controladora de las leyes, en atención a la supremacía de la Constitución, es decir, la revisión judicial de las leyes o *judicial review* [...].

Así, el sistema americano consiste, principalmente, en el reconocimiento a los juzgadores, sea cual sea su categoría, de no aplicar las leyes secundarias que consideren contrarias a la Constitución, mas el efecto de dicha declaratoria de inaplicabilidad es únicamente para el caso concreto, ya que la resolución dictada surte efectos sólo entre las partes

⁴⁵³ BURGOA O., Ignacio. *El juicio de amparo*. México D.F.: Porrúa, 1988, 25.^a edición, p. 168.

que plantearon la controversia, aunque esta barrera puede ser eliminada a través del principio *stare decisis* o «doctrina de los precedentes», que señala que las decisiones tomadas en casos particulares adquieren obligatoriedad en los casos análogos siguientes, por lo que materialmente adquieren efectos generales.

En otras palabras, la particularidad de este sistema de control constitucional consiste en dotar a todo el aparato judicial de la vigilancia, cumplimiento y observancia del texto constitucional, es decir, se deposita la confianza a todos los tribunales para hacer valer la Constitución como norma superior a cualquier otra emanada en el Parlamento, por lo que en el caso de que esta última sea contraria a la Carta Magna, los tribunales no están obligados a cumplirla.

De lo anterior podemos concluir que a este sistema se le denomina difuso, por las razones siguientes:

1. Porque habilita a los juzgadores, sin importar su jerarquía, para inaplicar una ley que considere contraria a la Constitución;
2. Porque la resolución de las cuestiones constitucionales no se distingue de la jurisdicción ordinaria.

El punto medular es la supremacía de la Constitución, de ahí que lo importante sea defenderla a cualquier nivel y en cualquier materia, sin la necesidad de un órgano especializado en la resolución de conflictos meramente constitucionales. Los tribunales son los órganos encargados de decir el derecho aplicable y de mantener el control constitucional de los actos de poder, esto es, corresponde a los tribunales interpretar y aplicar la Constitución.

Los jueces ordinarios, pueden aplicar directamente la Constitución, por lo que pueden dejar de aplicar la ley, lo que tiene su sustento en la supremacía de la propia Constitución y en la

confianza que se tiene hacia los jueces, como su aplicador natural.⁴⁵⁴

Para el profesor Omar Cairo Roldán:

«Existe un sistema de control difuso de la constitucionalidad normativa cuando en un ordenamiento se reconoce a todos los órganos que realizan actividad jurisdiccional la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes aplicables a los procesos que conocen. Su punto de partida es el reconocimiento del deber judicial de hacer prevalecer a la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico (la Constitución) frente a las normas legislativas ordinarias que la contravengan. Por lo tanto, no hace falta que las normas escritas reconozcan esta competencia para que los jueces se consideren habilitados para ejercerla. Así, sin una norma escrita que mencionara esta atribución, este sistema se inició en Inglaterra (en 1610) con una resolución del “Tribunal de Causas Comunes” presidido por el juez Edward Croke. Así también ocurrió en 1803, cuando la Corte Suprema estadounidense, presidida por John Marshall, declaró nula una ley inconstitucional. El Perú, lamentablemente, arrastra una tradición jurisprudencial diferente. En 1955, por ejemplo, la Corte Suprema de la República se declaró inhabilitada para dejar de aplicar una ley contraria a la Constitución, pese a que existía una norma legal (artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil) que le reconocía esta atribución. Esta declaración fue formulada en la resolución final del proceso de hábeas corpus iniciado por el representante del expresidente peruano José Luis Bustamante y Rivero [...].

Otra característica del control difuso consiste en que la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, corresponde no sólo a los jueces del Poder Judicial, sino también a todos los demás órganos que ejercen función jurisdiccional en un Estado. Ello es así porque, siendo la jurisdicción —desde el

⁴⁵⁴ FLORES CRUZ, Jaime. «Interpretación constitucional y control sobre el órgano de control constitucional». Ver versión electrónica en: http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios_002.pdf.

punto de vista de la teoría general del proceso— una función que consiste en resolver de manera definitiva los conflictos de intereses y las incertidumbres, ambos con relevancia jurídica, sería intolerable que su ejercicio se realizara mediante la aplicación de normas inconstitucionales. Por eso todos los órganos distintos del Poder Judicial que realizan función jurisdiccional —en el Perú, por ejemplo, el Jurado Nacional de Elecciones (en materia electoral) y el Tribunal Constitucional (en materia constitucional)— también tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma que, siendo aplicable a uno de los procesos a su cargo, contenga una contravención de la Constitución [...].⁴⁵⁵

A decir de Rivera Santiváñez, este sistema

[i]mplica que todos los jueces tienen la potestad y obligación legal de aplicar la Constitución con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a los decretos o resoluciones; de manera que, como dice Fernández Segado (1977^a: 1036), «todos los jueces están habilitados inaplicar aquellas leyes que juzguen contrarias a la Constitución». El mismo autor cita, además, a Mauro Cappelletti, según quien «en este sistema se atribuyen a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico, que lo ejerciten incidentalmente, con ocasión de la decisión de una causa de su competencia».⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ CAIRO ROLDÁN, Omar. *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Lima: Palestra Editores, 2004, pp. 48-51.

⁴⁵⁶ RIVERA SANTIVÁÑEZ, José. «Supremacía constitucional y sistema de control de constitucionalidad». Véase en: *Derecho procesal constitucional*. Castañeda Otsu, Susana (coord.), Lima, Jurista Editores, 2004, 2.^a edición, tomo I, p. 60.

b) El sistema de control concentrado (modelo europeo)

Para el profesor Omar Cairo Roldán:

En el sistema de control concentrado la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es monopolizada por un solo órgano del sistema jurisdiccional del Estado.⁴⁵⁷

Afirma al respecto Flores Cruz que:

Este sistema de control constitucional es de tradición austríaca, pues surgió con la Constitución austríaca de 1 de octubre de 1920 (perfeccionada en su reforma de 1929), el cual albergó las ideas de Hans Kelsen, y aportó grandes innovaciones en materia de control constitucional, pues crea un órgano especializado para conocer de las cuestiones constitucionales denominado Tribunal Constitucional.

La tesis de Kelsen parte de un principio básico, la jerarquía de las leyes que existen en el ordenamiento jurídico, esto es, las normas generales se encuentran en diferentes niveles, por lo que la ley jerárquicamente superior, determina a su inferior, de ahí que la Constitución se sitúe en la cúspide de la pirámide de jerarquía, y ésta es la que determina la forma y contenido de sus inferiores. Entonces, debía existir un órgano al cual se le encargara el control de la constitucionalidad de las leyes, denominado Tribunal Constitucional.

El sistema kelseniano confía el control constitucional a un solo órgano, un Tribunal Constitucional, el cual es el encargado de resolver los conflictos que se presentan al confrontar el texto de una ley con el de la Constitución, a efecto de determinar si la primera es acorde con esta última, por ende, los tribunales ordinarios carecen de facultades para «inaplicar» una ley; o, simplemente, para juzgar esta ley o determinar que es contraria a la Constitución.

⁴⁵⁷ CAIRO ROLDÁN, Omar. *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 46.

De los conflictos en materia meramente constitucional no pueden conocer los jueces ordinarios, únicamente este tribunal *ad-hoc*, en el entendido de que su fallo tendrá efectos generales o *erga omnes* [...].

Kelsen explica que mientras el Tribunal Constitucional no resuelva si la ley es contraria o no a la Constitución, dicha ley es válida y, por ende, los tribunales ordinarios tienen la obligación de observarla, a diferencia del sistema americano, en cuyo caso, si el juez estima que la ley es inconstitucional, está habilitado para inaplicar al caso concreto.

Podemos decir que las sentencias dictadas por este órgano constitucional *ad-hoc* y no nulifican a la ley, por lo que su efecto no es retroactivo, sino hacia el futuro [...].⁴⁵⁸

En conclusión, sobre ambos sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad nos quedamos con lo dicho por Rivera Santiváñez, quien acertadamente afirma —citando a Francisco Fernández Segado— que:

[L]a clásica bipolaridad entre el sistema americano versus el sistema europeo-kelseniano, hoy en día resulta ser una obsolescencia teórica porque en la práctica se viene produciendo una verdadera convergencia entre ambos modelos; [...]. En definitiva, en la actualidad no existe un modelo o sistema esencialmente puro, pues debido a ese proceso de convergencia al que hace referencia Fernández Segado, los sistemas o modelos adoptados por los diferentes países expresan, de una u otra forma, los elementos de ambos modelos.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ FLORES CRUZ, Jaime. «Interpretación constitucional y control sobre el órgano de control constitucional». Ver versión electrónica en: http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios_002.pdf.

⁴⁵⁹ RIVERA SANTIVÁÑEZ, José. *Ob. cit.*, p. 62.

1.2. El control constitucional de las leyes y de los actos públicos y privados

El control constitucional opera, en principio, sobre toda producción legislativa del Estado (leyes, decretos legislativos, reglamentos, decretos supremos, etc.), es decir, sobre toda norma jurídica de cualquier jerarquía que produzca no sólo el Poder Legislativo, sino el Ejecutivo y el Jurisdiccional, en su función legiferante, sea principal o secundariamente.

Mas, en estricto, el control constitucional de las normas jurídicas de jerarquía de ley (ley, decreto legislativo, ordenanza, tratado, ley orgánica, decreto de urgencia) se hace efectivo —ya procesalmente— mediante el proceso de inconstitucionalidad conforme a las reglas previstas en el Código Procesal Constitucional; y, por ante los órganos jurisdiccionales competentes (juzgados constitucionales y Tribunal Constitucional, en el caso peruano, por supuesto); y en tanto que el control de constitucionalidad de las normas jurídicas de jerarquía inferior a la ley se efectúa intrínsecamente a través del proceso de acción popular ante los órganos competentes del Poder Judicial (Salas de la Corte Superior y de la Corte Suprema).

En suma, conforme lo establece el Código Procesal Constitucional:

Artículo 77.- Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad

La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

Artículo 76.- Procedencia de la demanda de acción popular

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que

infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

Como se advierte, ambos procesos constitucionales tienen por finalidad «la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo» (artículo 75 del Código Procesal Constitucional).

Sin embargo, cabe precisar que la defensa de la Constitución no sólo se efectúa frente a infracciones de su jerarquía normativa, sino que la violación de la Constitución también puede provenir —y la mayor parte de las veces— de los actos de hecho y de derecho provenientes del propio Estado y sus instituciones, pero también de los propios particulares en sus relaciones intersubjetivas.

La procedencia del control constitucional sobre los actos públicos y privados se fundamenta en la eficacia vertical y horizontal de las normas constitucionales. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que:

[E]l deber de protección que se deriva de la concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual, entre los sujetos pasivos de los derechos, ya no sólo se encuentra el Estado, sino también a los propios particulares [...] [E]sta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1 de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que «La defensa de la persona humana y el

respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».⁴⁶⁰

En otra de sus sentencias, el Supremo Intérprete de la Constitución sostiene que: «[...] el Estado social y democrático de derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical —frente a los poderes del Estado— y horizontal —frente a los particulares—. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales —justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros— recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional».⁴⁶¹

Asimismo, «[...] Los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o inter privados (*Cfr.* STC n.º 1124-2001-PA/TC, entre otras). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38 de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución; y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las

⁴⁶⁰ STC n.º 00966-2001-PA/TC, fundamento jurídico n.º 5. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00966-2001-AC.html>.

⁴⁶¹ STC n.º 10087-2005-PA/TC, fundamento jurídico 3. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.html>.

normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución; y, en particular, con los derechos fundamentales.⁴⁶²

Como afirma Gerardo Eto Cruz:

Una de las consecuencias derivadas del efecto *interprivatos* de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico es la posibilidad de que, en sede judicial, se realice el control constitucional de las normas estatutarias privadas, esto es, de las normas que tienen su origen en la voluntad de los particulares. Ello se explica por cuanto, así como una ley general del Estado puede afectar la esfera subjetiva de las personas, así también puede hacerlo, en menor o mayor medida, una norma creada al interior de una asociación u otras corporaciones [...].⁴⁶³

A este respecto, el Tribunal Constitucional tiene también sentado que:

Este tribunal considera en reiterada jurisprudencia que la Constitución y con ella los derechos fundamentales, vinculan también las relaciones entre particulares. A tal conclusión conduce lo establecido en el artículo 38 de la Constitución. Esto significa que las normas estatutarias deben guardar conformidad con la Constitución; y, en particular, con los derechos fundamentales. Tal exigencia se proyecta a todas las normas que provienen de los particulares; *v. gr.*, estatutos, reglamentos de estatutos, reglamentos empresariales convenios colectivos, etc.

Corolario de ello es que las normas privadas o particulares que sean contrarias a derechos constitucionales han de ser inaplicadas en ejercicio del control de inaplicabilidad al que habilita el

⁴⁶² STC n.º 06730-2006-PA/TC, fundamento jurídico n.º 9. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06730-2006-AA.html>.

⁴⁶³ ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Adrus, 2011, 4.ª edición, p. 221.

artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución. Todo ello, claro está, al margen del control abstracto de dichas normas, que habría de articularse en la vía correspondiente.⁴⁶⁴

En otra sentencia, el Tribunal ha establecido que:

Como ha sido establecido por este tribunal, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* se deriva del artículo 38 de la Constitución, que establece que: «Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución [...]»; de ello se deriva —aunque también del artículo 1, en cuanto al principio de dignidad de la persona— la vinculación de la Constitución que se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino que también alcanza a las relaciones establecidas entre particulares.

Por ende, los derechos fundamentales detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo que implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales.

En virtud de todo lo anterior queda claro que las normas de las entidades privadas como la emplazada, que sean contrarias a los derechos constitucionales, pueden ser inaplicadas en ejercicio del control al que habilita el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.⁴⁶⁵

En suma, si los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular constituyen mecanismos procesales para hacer frente a infracciones de parte del poder legiferante del Estado, en los demás casos de infracciones de la Constitución provenientes de los actos del Estado

⁴⁶⁴ STC n.º 02868-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 6 a 9. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02868-2007-AA.html>.

⁴⁶⁵ STC n.º 00537-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 3 a 5. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00537-2007-AA.html><http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00537-2007-AA.html>.

ajenos a la función legiferante y de los actos de los propios particulares se defienden mediante los llamados «procesos constitucionales de la libertad» (procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento).

Así, estos procesos tienen por finalidad también la defensa de la Constitución, así como, en forma particular, la defensa de los derechos fundamentales consagrados en las normas constitucionales frente a la violación o amenaza de violación, provenientes del Estado o de los particulares. Así, mediante estos procesos no se califica la validez constitucional de una norma (legal o reglamentaria), sino la compatibilidad o incompatibilidad de un acto o conducta determinada con los principios, derechos y valores consagrados en la Constitución.⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ Asunto aparte es el caso de la procedencia de la demanda de amparo contra las llamadas «normas auto aplicativas», previstas en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional:

«Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley».

2. *ADDENDA*: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL PERÚ: SISTEMA DUAL, PARALELO, COMPLEJO E IMPERFECTO

2.1. *Delimitación del problema*

En principio, como parte del desarrollo histórico del sistema de control de constitucionalidad en el Perú, en los inicios de la historia constitucional, las primeras Constituciones del Perú republicano optaron, básicamente, por un modelo de control político de constitucionalidad, era el Senado el encargado de ejercer tal control.

Por ejemplo, en la Constitución Política de 1823 se dispuso en su artículo 187 que: «Todo peruano puede reclamar ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo, o ante el Senado la observancia de la Constitución, y representar fundadamente las infracciones que notaré». ⁴⁶⁷

Igualmente, la Constitución de 1920 dispuso como una de las facultades del Congreso en su artículo 83, inciso 4:

Examinar de preferencia las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectivo la responsabilidad de los infractores. ⁴⁶⁸

En la Constitución actual, al igual que la de 1979, el constituyente ha establecido un control de constitucionalidad de tipo jurisdiccional, empero no uno puro, sino dual o paralelo, es decir, tanto el proveniente del modelo europeo como del modelo americano.

⁴⁶⁷ Véase la *Colección constitucional peruana*. Lima: Editora Perú, 2006, tomos I, II y III.

⁴⁶⁸ Véase también a BLUME FORTINI, Ernesto. «El control de la constitucionalidad en el Perú (Antecedentes, desarrollo y perspectiva)». En *Derecho procesal constitucional*. Castañeda Otsu, Susana (compiladora). Lima: Jurista Editores, 2004, 2.^a edición, pp. 223-273.

Al respecto, la Constitución de 1993 establece lo siguiente:

Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años [...].

Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad [...].

Artículo 204.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

Asimismo, con respecto al control difuso ha establecido:

Artículo 138.- [...] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

El Código Procesal Constitucional ha desarrollado, a su vez, lo siguiente:

Artículo II.- Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Artículo IV.- Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código.

Artículo VI.- Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir

la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Artículo 98.- La demanda de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional y sólo puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203 de la Constitución.

Como se aprecia a claras luces, el sistema de control de constitucionalidad establecido por la Constitución es uno dual y paralelo, pero, además, complejo e imperfecto como veremos en líneas siguientes.

Es dual y paralelo, y no mixto o híbrido, por cuanto ambos modelos clásicos convergen en forma paralela o separada toda vez que el control concentrado de constitucionalidad de las leyes le asiste en forma exclusiva al Tribunal Constitucional, éste tiene la única palabra para determinar si una ley cuestionada es o no constitucional y ella a través del proceso de inconstitucionalidad.

De este modo, tal forma de control está concentrado en dicho Tribunal y no en otro órgano u órganos. Además, este tipo de control es abstracto, por cuanto respecto a la ley cuestionada no es determinada su constitucionalidad o inconstitucionalidad, a propósito de un caso concreto, sino bajo el análisis abstracto de la ley misma, que es el objeto del proceso de inconstitucionalidad es únicamente la ley; éste es el caso justiciable.

Y el control difuso de constitucionalidad de las leyes es ejercitada —según texto del artículo 138 de la Constitución— por el Poder Judicial a través de todos sus órganos jurisdiccionales, sin importar el nivel en la que se encuentre el órgano jurisdiccional.

En este caso, el control difuso, aparte de ser difuso o disperso y, por ende, no concentrado en un solo órgano, es además un control concreto, por cuanto el Poder Judicial no tiene competencia para analizar en abstracto si la ley cuestiona si es o no inconstitucional, sino determinar su inaplicación a un caso concreto, en tanto no soporta una interpretación acorde a las disposiciones constitucionales.

Sin embargo, consideramos también que en lo atinente al control difuso, el sistema es también complejo, dado que no sólo los jueces del Poder Judicial tienen la potestad de ejercer tal control, sino en puridad también le corresponde a todo órgano que ejerce función jurisdiccional, ordinaria o especializada, de modo tal que le cupe el ejercicio de tal control —por ejemplo— a los órganos de la justicia militar, a los árbitros, al Jurado Nacional de Elecciones y al propio Tribunal Constitucional en el conocimiento de un caso concreto.

Ahora bien, en cuanto al control concentrado, las complejidades e imperfecciones atribuidas a esta dualidad de sistemas persisten, dado que si bien en relación con el Tribunal Constitucional no habría tal problema —al menos— de orden orgánico, en tanto siendo el Tribunal el máximo órgano de control de la supremacía de la Constitución, a él le corresponde —sin lugar a dudas— la potestad única y exclusiva de tal ejercicio.

El sistema concentrado de control de constitucionalidad garantiza que un solo órgano especializado sea el que concentre la potestad de controlar a los demás poderes del Estado y a los particulares en la dación y/o aplicación de las leyes en la vida de relación. Esa función le corresponde —en nuestro caso— al Tribunal Constitucional, de este modo se garantiza la existencia de un solo pronunciamiento al respecto, otorga seguridad jurídica.

Claro que surge inevitablemente la pregunta siguiente: ¿y por qué un Tribunal Constitucional es el que tiene que ejercer tal control y no

el Poder Judicial que, por naturaleza, es la llamada a resolver todo conflicto jurídico en la sociedad?

Claro, podría establecerse, probablemente, una Corte Constitucional adscrita a la Corte Suprema que tenga esa potestad única y exclusiva de ejercer tal control concentrado de las leyes. Sin embargo, se debe precisar que, en principio, la función de control constitucional abstracto de las leyes a través del proceso de inconstitucionalidad, básicamente, no constituye un caso justiciable, más como las que se ventilan ordinariamente en el Poder Judicial y, como tal, tengan que resolver sobre parámetros fundamentalmente jurídicos, sino que el ejercicio del control constitucional concentrado requiere de un órgano especializado que cumpla un rol no sólo jurídico, sino, a su vez, político, capaz de tener tal flexibilidad y discrecionalidad para encontrar justificaciones en la estructura político-ideológico-económico y social como sustento de la superestructura en que se emerge el sistema jurídico. De allí, entonces, la necesidad y justificación de encargar no en el Poder Judicial tal rol de control (aunado, además, con todos los problemas que *per se* tiene), sino en un órgano ajeno al mismo: el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, volviendo nuevamente al control difuso, continúan para nosotros las imperfecciones en el sistema de control de constitucionalidad. En principio, si bien resulta bastante útil que en el conocimiento de cualquier proceso judicial la potestad atribuida a todos los jueces, sin importar el nivel jerárquico, de inaplicar una norma legal en caso de que resulte ser inconstitucional o se oponga a ella o soporte una interpretación conforme a la Constitución. Ello permite a la justicia ordinaria ser más justa y dinámica por cuanto puede resultar mucho más ocasional advertir la inconstitucionalidad de una norma *infra* constitucional, en su intento de aplicación a un caso concreto y en proceso judicial en concreto que efectúa una abstracción, hipotética y general, de su inconstitucionalidad.

Sin embargo, no necesariamente el ejercicio del control de constitucionalidad que, en los casos concretos, ejerzan los jueces debe ser necesariamente el correcto, sobre todo si ellos derivan de órganos jurisdiccionales inferiores a la Corte Suprema. Es siempre factible el error humano. Es por ello que frente al ejercicio del control difuso de parte de los jueces existe a su vez un control adicional, es decir, «el control del control difuso»; en este caso —según nuestro ordenamiento jurídico— de parte de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, a través de la institución procesal de la consulta.

Este mecanismo de revisión del control difuso constituye un plus de aseguramiento y garantía en el ejercicio del control difuso, lo cual parece en apariencia ser bondadoso; sin embargo, en estricto, es éste, uno de los problemas del control difuso por cuanto el hecho de que sea la referida Sala Suprema del Poder Judicial la que controle a los jueces en el referido ejercicio del control constitucional, puede generar conflictos en el correcto control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto, ya de por sí, en el propio Poder Judicial existe más de una Sala Constitucional y Social (Sala Permanente y Transitoria), que pueden dar lugar a pronunciamientos contradictorios, no sólo en decisiones de fondo, respecto a casos símiles, sino también respecto a fundamentos y argumentos respecto a casos análogos.

Pero, también, en el caso de que exista una sola Sala o, en el caso de que, para el conocimiento de consultas en materia de control difuso se modifique la norma (Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil);⁴⁶⁹ en el sentido de que las dos Salas puedan unificarse y resolver las mismas en Sala Plena;

⁴⁶⁹ Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

«Artículo 14..- De conformidad con el artículo 236 de la Constitución (actualmente, el 138 de la Carta de 1993), cuando los magistrados, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

tampoco garantiza ello un adecuado y eficiente control de constitucionalidad por esta vía dispersa, por cuanto siempre la existencia de un órgano para el control del control difuso propio y distinto del órgano que ejerce el control concentrado puede generar contradicciones entre ambos órganos, como el hecho de que, en algunas situaciones, para la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema una ley aplicable al caso concreto resulta inconstitucional. Y en tanto que, posteriormente, para el Tribunal Constitucional esa misma ley sea, en términos abstractos (y, por ende, para la generalidad de situaciones jurídicas), declarada inconstitucional. Además, cabe la posibilidad de la existencia de una inconstitucionalidad de la ley en su aplicación para un caso concreto, y la validez de esa misma disposición constitucional en su evaluación abstracta o viceversa.

El hecho de que, en la práctica, no se haya producido tal contradicción en el ejercicio del control de constitucionalidad entre ambos órganos (Poder Judicial y Tribunal Constitucional).

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son, igualmente, las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por Acción Popular».

Código Procesal Civil:

«Artículo 408.- La consulta sólo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas: [...]

3. Aquélla en la que el juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; y, [...]

También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema [...]

[...] no es óbice que pueda suscitarse en algún momento. El derecho existe, precisamente, para prever la posibilidad de conflictos futuros y anticipar, en la medida de lo posible, las vías de solución de los mismos; el problema radica en que, a nuestro juicio, el sistema asumido pueda hacer saltar la chispa del enfrentamiento entre los dos órganos de control abstracto, a raíz de interpretaciones divergentes de la Constitución, con el riesgo que esto conlleva para la unidad del ordenamiento jurídico y para el principio de seguridad jurídica.⁴⁷⁰

Respecto a todo este análisis, María Asunción García Martínez, agrega que:

[e]l modelo de control de constitucionalidad peruano reviste una complejidad verdaderamente singular, ya que no se limita, como otros, a combinar un sistema de control difuso y concreto con otro abstracto y concentrado, sino que este último lo diversifica, a su vez, entre un Tribunal Constitucional y una serie de órganos del Poder Judicial. La cuestión es que la coexistencia, no ya de dos sistemas de justicia constitucional en mismo entorno jurídico, sino prácticamente, de tres, implica una contradicción en sí misma, muy difícil de superar. No basta con delimitar los campos de actuación de los órganos implicados en el control de constitucionalidad, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, porque la existencia de éste tiende lógicamente, ya que está en su naturaleza, a monopolizar el control [...]. El sistema peruano busca compaginar la fórmula históricamente inicial del control residenciado en el Poder Judicial con la más novedosa que supone la existencia de un Tribunal Constitucional, que ha obligado a la reconsideración de aquel sistema, cuyo peso tradicional es innegable, con el adoptado *ex novo*. El problema es que cada modelo, bajo la apariencia común de servir al mismo fin de control de constitucionalidad, parte de premisas distintas y responde a circunstancias distintas, se fundamenta en filosofías distintas y se estructura procesalmente de forma distinta,

⁴⁷⁰ GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. *El control de constitucionalidad de las leyes. Recurso y cuestión de inconstitucionalidad*. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 352.

de manera que las distintas piezas de cada uno necesitan con frecuencia ajustes concretos a la vista de la experiencia que se deduce de su puesta en funcionamiento. Probablemente, el nuevo Código Procesal Constitucional sea ese primer texto que sirva como campo de prueba de la eficacia real de este modelo.⁴⁷¹

2.2. Propuestas para la unificación de nuestro sistema de control de constitucionalidad

Frente a este problema e imperfección de nuestro sistema de control de constitucionalidad consideramos que una solución a las mismas radica en la necesidad de que la justicia constitucional sea brindada por un solo órgano, al menos como última instancia, y no dos que pueden generar decisiones y doctrina jurisprudencial contradictorias.

Habiendo dado ya los argumentos conducentes a la justificación del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional y no del Poder Judicial, entonces consideramos que corresponde a dicho Tribunal la revisión del control difuso efectuada por la jurisdicción ordinaria e, incluso, por la jurisdicción especializada en el conocimiento de cualquier causa justiciable mediante el mecanismo de consulta (elevado de oficio) en cualquiera de los casos; es decir, sea o no impugnada la sentencia o resolución en la que el juez ordinario efectuó el control difuso, dado que, para tales propósitos, debe formarse un incidente que contenga las piezas procesales pertinentes que contengan el control difuso efectuado.

Es así que, en caso de no impugnación de la sentencia dictada por el juez ordinario, tal resolución no podría ser aún declarada consentida, hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el incidente de consulta. Y en caso de impugnación de la referida sentencia pueda, antes de su elevación al superior jerárquico, ser suspendida la decisión definitiva hasta

⁴⁷¹ GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. *Ob. cit.* pp. 350-354.

que también pueda el Tribunal Constitucional resolver el incidente de consulta del control difuso efectuado.

Nótese que, en ambos casos, la consulta procede únicamente respecto al ejercicio del control difuso y no sobre toda la causa, es por ello que, en modo alguno, se hace necesario la elevación de los autos, sino únicamente la formación del correspondiente incidente, salvo que el proceso sea uno constitucional (*habeas corpus*, amparo, *habeas data* o de cumplimiento).

En los procesos ordinarios (no constitucionales) el Tribunal Constitucional no podría, en modo alguno, avocarse ni resolver el aspecto de fondo del asunto litigioso contenido en dichos procesos, sino sólo la cuestión incidental de control difuso.

Si bien debe tenerse en cuenta que la suspensión del trámite y suspensión de la decisión de fondo (o de segunda instancia o de casación), en caso de impugnación de la sentencia del juez ordinario, respecto a asuntos de fondo, pueda perjudicar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que al impugnante le asiste, sin embargo, bien puede disponer la norma modificatoria propuesta que puedan elevarse los autos (la sentencia impugnada) y tramitarse la misma con la condición de reservarse la decisión definitiva hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el incidente de consulta antes referido, y deba también modificarse el Código Procesal Constitucional en el sentido de que las salas del Tribunal Constitucional den preferencia al trámite y decisión en el supuesto de tal consulta por control difuso.

No hay otro modo de asegurar la unificación del procedimiento, la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial en materia de control difuso de constitucionalidad y, por ende, de todo el sistema de control de constitucionalidad en el modo diseñado en nuestra Constitución.

Consideramos, a su vez, que el mecanismo de cuestión de inconstitucionalidad que existe en algunos ordenamientos, como es el caso de España, Italia y Alemania, no resulta tampoco apropiado para la solución de la imperfección de nuestro sistema, por cuanto —por ejemplo— en España la cuestión de inconstitucionalidad, si bien se estructura también como una cuestión incidental, a partir de un proceso ordinario, sin embargo, el juez o tribunal llamado a resolver plantea la cuestión al Tribunal Constitucional cuando, en el estado de resolver la causa se le plantea la duda sobre la constitucionalidad de una norma legal, con base en la cual debe emitir su fallo.⁴⁷²

En otras palabras, nuestro sistema adopta, en forma plena, el control de constitucionalidad difusa como en el caso del *judicial review*. En el caso español no existe control difuso propiamente dicho, sino la formación y elevación por parte del juez de un incidente de cuestión de inconstitucionalidad, en caso de duda de inconstitucionalidad de la ley relevante para el caso a fallar.

En el sistema nuestro de control difuso, el juez tiene amplia libertad para ejercer de por sí tal control, resolviendo *per se* la duda que en algún momento se le presentara, resolviendo el caso concreto que le corresponda, inaplicando, sin duda alguna, la norma infraconstitucional contraria a la disposición constitucional.

Este mecanismo favorece grandemente a disminuir innecesarias cuestiones de inconstitucionalidad que, de hecho, existe en el Tribunal Constitucional español, dado que, en el caso nuestro, son escasos el ejercicio de controles difusos por parte de los jueces que conocen las

⁴⁷² Constitución española de 1979:

«Art. 163.- Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

causas, precisamente, por cuanto tal control no deriva de una duda, sino de una certeza del juez de existencia de inconstitucionalidad.⁴⁷³

De este modo, el mecanismo de control difuso en nuestro modelo parece ser más eficiente y decidido, otorga al juez ordinario independencia y seguridad en las decisiones de control que adopta y no se queda en la duda, y frente a ello elevar supuesta cuestión de inconstitucionalidad. En suma, nos quedamos con el modelo nuestro, pero con la perfección propuesta.

También téngase en cuenta que si bien existe en el Código Procesal Constitucional una disposición contenida en el artículo VI del Título Preliminar, que ordena que:

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esta disposición tampoco garantiza la unidad en el ejercicio de control de constitucionalidad, por cuanto el Tribunal Constitucional no podría pronunciarse sobre todas las cuestiones constitucionales o inconstitucionales existentes en todo momento, la doctrina jurisprudencial del tribunal siempre está en permanente elaboración y desarrollo, no es una obra acabada que, como recetario, se presente ante todos los demás órganos jurisdiccionales. Como se advierte, la existencia de contradicción entre ambos sistemas de control de constitucionalidad es siempre posible y eso es lo que se debe evitar perfeccionando el ya complejo modelo adoptado por la Constitución.

⁴⁷³ Sobre los defectos y deficiencias de la *Cuestión de inconstitucionalidad*, véase a PÉREZ TREMP, Pablo. «La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español». En *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Palomino Manchego, José (coord.). Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2007, 2.^a edición, tomo I, pp. 796-797.

En suma, la unificación propuesta, en modo alguno, pasa por negar el ejercicio del control difuso o disperso por parte de los jueces del Poder Judicial o demás órganos jurisdiccionales. Tal unificación del sistema de control de constitucionalidad, en modo alguno, importa la asignación o concentración del control en un solo órgano especializado, sino en que sea, al menos (para el caso del control difuso), en asignar a un solo órgano (y no a dos) la última palabra en materia de control de constitucionalidad. Para este propósito no hay otra institución en que la recaiga si no es el Tribunal Constitucional en la forma propuesta. Es decir, subsistan las dos formas históricas de control de constitucionalidad (concentrado y difuso), pero que, finalmente, convergen en un solo órgano para una decisión única o definitiva, según sea el caso. En eso radica la unificación propuesta.

Como conclusión al respecto diremos que el control de constitucionalidad no es, en modo alguno, un ejercicio netamente jurídico, sino que este último instrumento sirve para fines y objetivos estrictamente políticos, esto es, el aseguramiento de la supremacía constitucional y, con ello, la de los principios y valores fundamentales que cimientan el orden de cosas establecidas por la clase que detenta el poder.

Ya desde el plano jurídico-constitucional, el control de constitucionalidad en nuestro país resulta ser un modelo novedoso y especial en comparación con los del orbe, por su dualidad y paralelismo al haber optado por los dos clásicos sistema de control (el americano o del *judicial review* y el europeo o kelseniano), lo que resulta ser complejo y lleno de imperfecciones.

Una de esas imperfecciones es, precisamente, la que existe en el control difuso o concreto de constitucionalidad, dado que este último se le ha asignado al Poder Judicial a través de sus jueces (sin distinción de grado) en el conocimiento de cualquier causa, y su revisión (control del control difuso) se le ha asignado a la Sala Constitucional y Social

de la Corte Suprema, que es la que, finalmente, efectúa el control de constitucionalidad bajo este modelo.

En tanto que el control concentrado o abstracto de constitucionalidad se le ha asignado en forma exclusiva al Tribunal Constitucional, lo cual puede generar contradicciones no sólo en la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, sino, a su vez, en la generación de una uniforme jurisprudencia y doctrina jurisprudencial.

Frente a ello, consideramos que, sin dejar de lado este modelo dual o paralelo que resulta ser bastante útil, no sólo en la administración de justicia constitucional, sino, a su vez, en la ordinaria, debe, sin embargo, perfeccionarse unificándose ambos sistemas en el Tribunal Constitucional como órgano supremo de control de constitucionalidad que la doctrina y la jurisprudencia le reconocen.

Para ello consideramos que debe efectuarse modificaciones a algunas normas de desarrollo de la Constitución, como son el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Civil y el propio Código Procesal Constitucional, a fin de que los casos de ejercicio de control difuso de parte de los jueces ordinarios sean, a su vez, elevados en consulta y vía incidental al Tribunal Constitucional, con suspensión de la causa principal que conocen los jueces y hasta que, en definitiva, resuelve el Tribunal.

Conforme lo expuesto en este capítulo, recomendamos la reforma de algunas normas de desarrollo constitucional como son el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Civil y el Código Procesal Constitucional, en términos resaltados siguientes:

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL:⁴⁷⁴

Artículo 14.- De conformidad con el artículo 138 de la Constitución, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas en cualquier instancia serán elevadas en consulta vía incidente al Tribunal Constitucional, aun fueran impugnadas o no fueran, incluso, impugnables.

En todos estos casos, los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por Acción Popular.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

Artículo 408.- La consulta sólo procede en los siguientes casos: [...]

2. Aquélla en la que el juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria. También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En ambos casos, sea o no impugnada la resolución y así no fuere impugnable, el juez de la causa dispondrá la formación de un incidente para su elevación en consulta al Tribunal Constitucional, debiendo asimismo el juez de fallo suspender la adopción de resolución definitiva en tanto no le sea comunicada la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional [...].

⁴⁷⁴ El resaltado en negritas constituye precisamente la propuesta nuestra. Aquí y en adelante, en lo relativo a lo que venimos tratando.

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL:

Artículo VI.- Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. En tales supuestos, la decisión adoptada por el juez en un proceso que no sea constitucional, deberá ser elevado en consulta vía incidente al Tribunal Constitucional con la suspensión de toda decisión definitiva que requiera ser adoptado en tales procesos y hasta que le sea comunicada la decisión a ser adoptada en tal incidente de consulta, debiendo para tales efectos el Tribunal Constitucional disponer especial celeridad en el trámite y resolución de la consulta [...].

3. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

3.1. Delimitación conceptual, fundamentos y mecanismos del control constitucional del arbitraje

Como hemos visto ya en puntos anteriores, el control constitucional de los poderes públicos y de los actos de los particulares, y dentro de ellos del arbitraje mismo, tiene su fundamento en los principios sentados por el «neoconstitucionalismo» como fundamentales en el Estado constitucional de derecho, esto es, la fuerza normativa y vinculante de la Constitución y su supremacía, sobre todo, el ordenamiento jurídico, así como su obediencia por la totalidad de los poderes públicos y de los particulares.

En principio, la posibilidad misma de control importa la existencia de separación de poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Jurisdiccional). Aunque éste es un concepto propio del Estado legal de derecho basado en el concepto de soberanía popular; sin embargo, lo que el neoconstitucionalismo ha desarrollado es, fundamentalmente, el principio de que en el Estado constitucional no se permite a ningún poder la

facultad de tomar decisiones absolutas, ya que la validez de las mismas va a depender de su adecuación a la Constitución: todos los poderes del Estado e, incluso, de los particulares deben ejercerse dentro de los límites fijados por la Constitución.

Y ello es así en tanto a que en el Estado constitucional la Constitución es elevada al mundo de las normas jurídicas, es decir, adopta el carácter vinculante es exigible y de cumplimiento obligatorio, en caso de inobservancia de los poderes públicos y de los propios particulares. Así, en virtud del carácter normativo de la Constitución y de su primacía sobre la ley, los actos del legislador (plasmados en la ley), así como los demás actos del Estado (por ejemplo, los del Poder Jurisdiccional y Ejecutivo), así como los actos de los propios particulares (entre ellos, el arbitraje) se encuentran sometidos a las disposiciones constitucionales que —ya en relación a la función jurisdiccional (aplicable, a su vez, a todo sistema de impartición de justicia)— establecen derechos, principios y valores que corresponden a los de una sociedad justa y democrática, según diseño del poder a cargo.

Sin embargo, resulta claro que la primacía de la Constitución, en tanto norma jurídica que es y no mero recetario político, no puede sino estar garantizada mediante la existencia de una jurisdicción a cargo del cumplimiento de dicho propósito.

Es decir, la vigencia de la Constitución y la tutela de los derechos, valores y principios que en ella reconoce no pueden estar garantizados por el Poder Legislativo ni por el Poder Ejecutivo por cuanto, en principio, la vigencia de la Constitución y el respeto de sus disposiciones importa la existencia de una desobediencia o una vulneración de tales disposiciones, lo cual constituye ontológicamente un conflicto de intereses (conflicto constitucional) entre una parte que exige su cumplimiento (el cual puede ser un particular o la propia entidad estatal) y el poder público o los particulares que se resisten a ello o alegan haberla cumplido.

Y en tanto conflicto que es, corresponde ser dirimido —obviamente, por el Estado—, pero en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, para lo cual instituye la llamada «jurisdiccional constitucional» que, en esencia, tiene por fines —a través de las vías procedimentales correspondientes— tutelar los derechos «garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales» (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Así, la jurisdicción constitucional constituye el despliegue de parte del Estado de una serie de actos (procesales) especiales, la existencia de órganos jurisdiccionales especializados y el establecimiento también de un procedimiento (o procedimientos) también especializados para tales fines. Es así que, en el Estado constitucional de derecho, los jueces cobran relevancia en la garantía y defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales, así como los procesos jurisdiccionales que, para tales propósitos, instituya el Estado.

Ahora bien, prosiguiendo con el desarrollo de este punto, cabe efectuar una aclaración previa respecto a la potestad de control que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, tiene respecto a todo acto público y privado, entre ellos, el arbitraje. Hablar de «control constitucional del arbitraje no es lo mismo que hablar de control constitucional en el arbitraje».

Si el control constitucional jurisdiccional importa en el Estado Constitucional el ejercicio de parte de los órganos jurisdiccionales del poder que ostenta para garantizar la vigencia de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales en los casos concretos,⁴⁷⁵ pues bien,

⁴⁷⁵ Por cuanto, en virtud del principio de separación de poderes y el control entre ellos mismos, el Poder Legislativo asume, a su vez, el control sobre el arbitraje con la dación de leyes y reglamentos que regulan o limitan la función arbitral, lo mismo podría efectuar el Ejecutivo al expedir reglamentos y disposiciones varias, mas este control es uno de carácter político-legislativo, dados de modo general que, en modo alguno, garantiza la eficacia de las disposiciones constitucionales ni la de los derechos fundamentales. Por ello, conforme al canon constitucional

tal control puede ser ejercitado por los propios árbitros en el desarrollo del proceso arbitral mismo.

En el Estado Constitucional todos los poderes públicos y los particulares tienen el deber de respetar la Constitución, pero también de defenderla. El artículo 38 de la Constitución nuestra dispone que:

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación.

Asimismo, el artículo 51 dispone que:

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [...].

Siendo ello así, corresponde también a los árbitros ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes y reglamentos en el desarrollo del proceso arbitral, de preferir la aplicación de las disposiciones constitucionales, en caso de que el derecho aplicable en el arbitraje se oponga a la Constitución. El artículo 138 de la Constitución dispone como una de las garantías de la función jurisdiccional que:

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

En suma, el «control constitucional en el arbitraje» importa la facultad-potestad que tienen el árbitro o tribunal arbitral para ejercer el

del neoconstitucionalismo, el control eficaz para tales propósitos no puede sino adoptar carácter jurisdiccional, a cargo de órganos jurisdiccionales especializados y procesos también especializados para dicho fin. En el Estado constitucional de derecho, son los jueces los llamados a garantizar la vigencia de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.

control de constitucionalidad de las leyes que aplican, por lo que, en caso de que las mismas se opongan o contravengan a la Constitución, sea esta última preferida en la solución del conflicto de intereses a su cargo. Es lo que se denomina como «control difuso», disperso o concreto de la Constitución, y los árbitros tienen, a su vez, la facultad de ejercitar tal control en los procesos a su cargo.

El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional dispone que:

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, en el precedente vinculante del caso Sociedad Minera María Julia (STC n.º 0142-2011-PA/TC), ha establecido lo siguiente con respecto a la facultad del ejercicio de control difuso por parte de los árbitros:

24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o

constitucional; «por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51 [...], más aún si ella misma (artículo 38) impone a todos —y no sólo al Poder Judicial— el deber de respetarla, cumplirla y defenderla» (STC n.º 3741-2004-AA/TC, fundamento n.º 9).

25. Esto resulta más evidente aun si se tiene en cuenta que, conforme ya ha destacado este Tribunal, «el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia» (STC n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento n.º 11). En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera.

26. No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este supremo intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso.⁴⁷⁶ Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la

⁴⁷⁶ El subrayado es nuestro.

existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.⁴⁷⁷

Discrepando en algunos aspectos de las consideraciones de este precedente vinculante, hemos de expresar que el árbitro y el tribunal arbitral tienen la facultad de ejercer control difuso en los casos que convoca, pero no porque el árbitro ejerza función jurisdiccional o su equivalente, sino por cuanto, de conformidad con el artículo 38 de la Constitución y en tanto el arbitraje constituye un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, corresponde al árbitro o tribunal constitucional resolver los casos concretos conforme al marco establecido por la Constitución.

Nótese que el control difuso arbitral constituye una potestad-facultad, mas no un deber y, a su vez, no se encuentra —a nuestro entender— sujeto a control constitucional, salvo que tal control esté referido a normas constitucionales de naturaleza procesal, relativas al debido proceso y/o la tutela procesal efectiva, y en lo que resulten aplicables a la función arbitral. El principio de autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales excluye la posibilidad del control constitucional sobre el ejercicio del control difuso por parte de los árbitros, si no es dentro de los márgenes expresados en líneas precedentes.

Ahora bien, distinto del «control constitucional en el arbitraje» es el «control constitucional del arbitraje», el cual importa, en cambio, el poder-facultad-deber que el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales competentes, tiene para ejercer intervención contralora sobre el arbitraje en defensa de la Constitución y de los derechos constitucionales. Este control es constitucional, es decir, que a través de este mecanismo los órganos jurisdiccionales garantizan que también en el proceso arbitral (y más específicamente en el laudo arbitral) el árbitro o

⁴⁷⁷ STC n.º 00142-2011-PA/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 24 a 26.

Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>.

tribunal arbitral haya resuelto el caso bajo su conocimiento, conforme a la Constitución y con respeto a los derechos fundamentales relativos a la tutela jurisdiccional efectiva y/o el debido proceso.

Ahora bien, cabe precisar que tal mecanismo de control es sobre los actos procesales desplegados en el arbitraje, pero el control es siempre *ex post laudo*. No es un control de constitucionalidad sobre las leyes o disposiciones que se aplican en el arbitraje, para ello existe el llamado «proceso de inconstitucionalidad de las leyes», el cual está a cargo, exclusivamente, por el Tribunal Constitucional (control concentrado y abstracto) y también a cargo de los órganos jurisdiccionales (y de todo órgano encargado de impartir justicia, entre ellos, el árbitro) en los procesos jurisdiccionales (y también arbitrales) en concreto a su cargo, vía control difuso de constitucionalidad.

Estos mecanismos constituyen control de constitucionalidad de las leyes, mas el control que, a lo largo del presente trabajo nos venimos refiriendo, es el llamado control constitucional del arbitraje, de los actos procesales desarrollados en el arbitraje, y más específicamente, control constitucional del laudo arbitral, por ser el laudo arbitral producto de un proceso (arbitral) en el que no se ha garantizado el derecho a la tutela procesal efectiva y/o el debido proceso.

Prosiguiendo. El control constitucional de los actos de decisión del árbitro o tribunal arbitral, en tanto control jurisdiccional que es, se ejercita a través de los órganos jurisdiccionales y mediante «procesos jurisdiccionales» determinados; *in stricto*, a través de dos procesos jurisdiccionales: el «proceso constitucional» —fundamentalmente, de amparo— y el «proceso (recurso) de anulación de laudo».

La defensa de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales, mediante el mecanismo de control jurisdiccional constitucional sobre los actos públicos y privados, en general, se hacen efectivos no sólo a través de los llamados «procesos constitucionales de la libertad»

(amparo, *habeas corpus* y *habeas data*) que constituyen en puridad procesos especiales para tales propósitos regulados por el Código Procesal Constitucional y a cargo de los jueces constitucionales (o, en su ausencia, de los jueces civiles o mixtos) y por el Tribunal Constitucional como instancia última y extraordinaria, sino también a través de los procesos ordinarios regulados en los diversos ordenamientos procesales instituidos (Código Procesal Civil, Código Procesal Penal, Ley Contencioso-Administrativo, Ley Procesal Laboral, etc.).

Es así que la defensa de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales constituye deber y potestad de todo órgano jurisdiccional y en todo proceso jurisdiccional. Mas el control constitucional, a través de los procesos ordinarios específicos a los que hacemos alusión, constituye vías específicas e idóneas para la tutela directa de los derechos fundamentales como objetos (pretensión) de dichos procesos.

En eso radica —hemos dicho— la «constitucionalización de los procesos ordinarios», su ascenso constitucional como instrumentos de tutela directa y eficaz de los derechos fundamentales, para cuyos efectos debe el Estado dotarlos de estructura idónea (vía célere y eficaz) y otras características más similares a los procesos constitucionales de la libertad, a fin de que se constituyan en vías específicas e igualmente satisfactorias a estos últimos.

Específicamente, respecto del control jurisdiccional constitucional del arbitraje, la ley —en afán del no debilitamiento de la autonomía de la función arbitral— ha establecido, únicamente, dos mecanismos procesales para dichos propósitos: el «proceso constitucional de amparo» [fundamentalmente] y el llamado «recurso de anulación de laudo».

El Tribunal Constitucional así lo ha ratificado y delimitado aún más en el precedente vinculante del caso Sociedad Minera María Julia (STC n.º 00142-2011-PA/TC):

14. Como se ha visto, han sido diversos los criterios que de una u otra manera, han venido perfilando los aspectos del control constitucional de la jurisdicción arbitral. No obstante, considera este colegiado que aun cuando buena parte de dichos criterios no han perdido su importancia, requieren ser acoplados de una manera mucho más directa a lo expresamente previsto por el Código Procesal Constitucional, en cuanto referente obligado de cualquier fórmula procesal tendente a defender la Constitución.

15. Es pertinente recordar que un cambio radical entre el modelo procesal actualmente vigente y el anterior, vino representado por el paso de un amparo alternativo a uno de carácter subsidiario o residual. Este cambio supuso la conversión del amparo en un instrumento procesal que habiéndose concebido en sus inicios como un mecanismo indiscutiblemente amplio y flexible en sus alcances, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional sólo podía y debía ser usado, en casos de extrema urgencia o cuando las necesidades de tutela normalmente dispensables en la vía judicial ordinaria no fueran suficientes para defender o tutelar los derechos constitucionales reclamados. Es ése el sentido del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal en materia constitucional.

16. En el modelo de control arbitral actualmente existente no parece, sin embargo, haberse reparado mayormente en dicho cambio, pese a existir elementos que conducirían a este propósito.

17. En efecto, aun cuando uno de los criterios que actualmente existe es el de considerar que la procedencia del amparo arbitral se condiciona al agotamiento de las vías previas, no parece ser ese el razonamiento más pertinente, ya que el ordenamiento ha considerado el proceso arbitral *stricto sensu* como aquél que opera sólo y por ante la jurisdicción arbitral. Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (como en la derogada Ley General de Arbitraje se establecieron los recursos de apelación y de anulación) como fórmula *a posteriori*, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad, así como

por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate.

18. Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible a posteriori acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5 del CPConst.

19. Que opere este cambio en la manera de concebir el recurso judicial de anulación no significa que el amparo arbitral esté condenado a su desaparición. Simplemente se trata de reacomodarlo a su verdadera naturaleza que no es otra que la de un mecanismo corrector absolutamente excepcional, sujeto a supuestos excepcionales que esta sentencia señalará a continuación.⁴⁷⁸

No existen otras vías procedimentales idóneas para el ejercicio de tal control del arbitraje más que las señaladas anteriormente. Cualquier intento de control jurisdiccional constitucional sobre el arbitraje a través de otras vías jurisdiccionales vulnera el principio de autonomía del arbitraje y, por tanto, es inconstitucional.

Los órganos jurisdiccionales (fuera de las dos vías procesales antes referidas), aún teniendo la potestad-deber de defender la Constitución y tutelar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no pueden ejercitar tal control constitucional sobre el laudo arbitral, si no

⁴⁷⁸ STC n.º 00142-2011-PA/TC, fundamentos jurídicos n.ºs 14 a 19. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>.

es a través del proceso de amparo o del recurso de anulación de laudo. No puede, por ejemplo, ejercitar tal control en un proceso civil, en un proceso de ejecución de laudo, en un proceso penal, etcétera, en el que se tenga como resultado anular o restringir los efectos del laudo arbitral, así éste haya contravenido el derecho a la tutela procesal efectiva o el debido proceso.

Cabe, finalmente, agregar que —como bien señala el profesor Giovanni Priori Posada—:

[c]ontrariamente a lo que podría pensarse admitir la posibilidad de controlar la constitucionalidad de laudos arbitrales no debe ser vista como un debilitamiento del arbitraje, sino más bien, como su consolidación y, lo que es más importante, su legitimación. Someter a control los laudos, y pasar victorioso por ese examen legitima y, por lo tanto, consolida, la institución. El tema pasa por estudiar con cuidado los alcances de ese control, ya que, en el Estado constitucional, las potestades de control desmedido son abusos de poder que el propio Estado constitucional rechaza. En ese sentido, reconocer que el Tribunal Constitucional pueda controlar la constitucionalidad de las leyes no supone reconocer en él la facultad de legislar, pues si lo hace está ejerciendo inconstitucionalmente las competencias expresamente conferidas por el poder constituyente al Congreso de la República. Admitir que el Tribunal Constitucional pueda controlar la constitucionalidad de resoluciones judiciales no supone que el Tribunal Constitucional pueda divorciar, ni declarar la nulidad de un contrato, ni determinar la inocencia o culpabilidad de una persona; hacerlo supondría entrometerse ilegítimamente en la función que la Constitución le ha conferido al Poder Judicial.⁴⁷⁹

⁴⁷⁹ PRIORI POSADA, Giovanni F. «El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el precedente vinculante n.º 142-2011-PA/TC». Revista de la *PUCP-Arbitraje*, p. 27. Ver en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/9368/9783>.

3.2. *Límites del control constitucional del arbitraje*

Los límites del control constitucional del arbitraje son los mismos que los del control jurisdiccional del arbitraje, ya tratados en el capítulo anterior. De modo tal que, en este punto, resumiremos lo ya esbozado en dicho capítulo. Así, los límites del control constitucional del arbitraje se encuentran plasmados fundamentalmente en la Ley de Arbitraje y Código Procesal Constitucional, siendo tales límites los siguientes:

- a) El control constitucional del arbitraje es siempre posterior al laudo, es *ex post* laudo y no *ex ante* laudo. Por ello, la intervención contralora del Estado a través de la justicia constitucional es *in stricto* un *control constitucional del laudo arbitral* y de su efectividad. Tal control no existe antes de la expedición del laudo arbitral. Está prohibido, por ejemplo, toda forma de control sobre el procedimiento de la instalación del tribunal arbitral, sobre la determinación de su competencia una vez instalado el tribunal, sobre los poderes y facultades que en el trámite del procedimiento arbitral pueda ejercer el tribunal arbitral como son la actuación de medios probatorios de oficio, la incorporación o no incorporación de terceros al procedimiento arbitral. Todo intento de control constitucional al respecto debe ser rechazado por todos los jueces de la República, pues ello vulnera la autonomía constitucional de la justicia arbitral, así como los principios de *kompens-kompetenz* y la independencia de los árbitros. Pueda que en el procedimiento arbitral el tribunal arbitral afecte el debido proceso o la tutela procesal efectiva, empero cualquier control sobre la actividad arbitral es siempre posterior a la expedición del laudo, de ninguna manera antes. Todo ello garantiza el principio de la autonomía del arbitraje.

Al respecto, en la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje se lee con respecto a este límite del control jurisdiccional se da ante:

[l]a preocupación que actualmente existe en el medio acerca de la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje. Así, contempla la protección del arbitraje frente a toda clase de interferencias [...]. El control jurisdiccional se mantiene, pero se orienta a un control *ex post* del laudo y no a un control *ex ante* del laudo que frene u obstruya el desarrollo del arbitraje. Con ello se libera al arbitraje de trabas durante su tramitación, pero respetando la facultad del sistema judicial de velar por el cumplimiento de la ley y el derecho de defensa de las partes.

- b) El control constitucional del arbitraje nunca recae sobre el fondo del asunto litigioso, sino sobre vulneración de derechos fundamentales y demás disposiciones constitucionales. Y, respecto a los derechos fundamentales, únicamente con relación a la violación del derecho a la tutela procesal y/o el debido proceso, aplicables al arbitraje.
- c) La actividad contralora de los órganos jurisdiccionales, de ser estimada, es únicamente una de naturaleza nulificante y no revocatoria, y ello es así por cuanto si las partes optaron en el ejercicio de su autonomía de la voluntad a que el asunto litigioso sea resuelto por este mecanismo alternativo de solución de conflictos, mantienen intacto ese derecho fundamental (derecho a la justicia arbitral), aun cuando el órgano jurisdiccional haya amparado la pretensión de control sobre el arbitraje y la única manera de garantizar la autonomía del arbitraje es dándole alcance a la actividad nulificante al control jurisdiccional y no revocatoria.

Al respecto, la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su

- validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.
- d) El control constitucional del arbitraje se da sobre la base de determinadas causales establecidas en la Ley de Arbitraje (artículo 63), así como en la jurisprudencia obligatoria que, al respecto dicte el Tribunal Constitucional (a la fecha, se tiene dictado el precedente vinculante del Tribunal Constitucional, STC n.º 0142-2011-PA/TC de fecha 21 de septiembre del 2011, caso Minera María Julia, el cual ha establecido supuestos de improcedencia e improcedencia del amparo arbitral, así como la ratificación del recurso de anulación de laudo como vía específica, igualmente satisfactoria, para el control constitucional del arbitraje, el cual será objeto de análisis en el siguiente punto de la presente obra).
- e) El control constitucional del arbitraje nunca es de oficio, sino a instancia de parte. Este límite garantiza una vez más la autonomía del arbitraje. El artículo 63 de la Ley de Arbitraje dispone que: «1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]».

También tratándose del proceso de amparo el artículo 39 del Código Procesal Constitucional dispone que: «El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo». Aunque existe en la ley mayor flexibilidad y favorecimiento al demandante y al proceso de amparo en virtud de los *principios favor processus, pro homine, pro actione y pro libertatis*.

Así, según el artículo 40 del Código dispone que:

El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada. Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos. Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Asimismo, el artículo 41 admite la figura de la procuración oficiosa al disponer que:

Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando ésta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

- f) El control constitucional del arbitraje está sujeto a un plazo de extinción. La interposición de la demanda para tales propósitos está sujeta a un plazo de extinción. En el ordenamiento jurídico, ordinariamente, el ejercicio jurisdiccional de los derechos se extingue mediante la prescripción, la caducidad u otra forma de

extinción que importe el mero transcurso del plazo en un tiempo determinado previsto en la propia ley. Sin embargo, existen situaciones específicas que la propia ley prescribe, a su vez, como imprescriptibles. El control constitucional del arbitraje, sin embargo, no forma parte de dichas situaciones específicas. El ejercicio de dicho control mediante la demanda correspondiente se extinguen también por el solo transcurso del tiempo.

El artículo 64 de la Ley de Arbitraje, dispone al respecto que:

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

g) A este respecto, Gonzalo García-Calderón Moreyra, comentando esta disposición normativa manifiesta que:

En efecto, en cuanto a la tramitación del recurso de anulación, la LGA⁴⁸⁰ disponía que debía interponerse dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral de primera instancia o en su caso el laudo arbitral de segunda instancia, directamente ante la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje. El segundo párrafo señalaba que cuanto se hubiere solicitado corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez (10) días de notificada la resolución correspondiente.

⁴⁸⁰ El autor se refiere a la derogada Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572).

Existe aquí un primer cambio, pues la novísima norma⁴⁸¹ dispone que el recurso de anulación se deberá presentar dentro de los veinte (20) días siguientes de la notificación del laudo y existiendo rectificación, integración, interpretación o exclusión, el referido recurso se presentará dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión que resuelve estas cuestiones o, una vez vencido el plazo para su resolución sin que el tribunal arbitral haya emitido pronunciamiento.⁴⁸²

Asimismo, en el caso del proceso de amparo, el Código Procesal Constitucional prescribe lo siguiente:

Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:

1. El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.
2. Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.

⁴⁸¹ Se refiere al autor a la vigente Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071).

⁴⁸² GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Ver el comentario en *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo 1, p. 723.

3. Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.
4. La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
5. Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.
6. El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

4. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: COMENTARIOS

No obstante que el control constitucional del arbitraje se lleva a cabo también a través del «recurso de anulación de laudo», y ante el órgano del Poder Judicial, bajo la consideración que dicho proceso constituye una vía idónea, específica e igualmente satisfactoria para la tutela directa de los derechos procesales fundamentales en el arbitraje.

Sin embargo, no cabe duda de que es, fundamentalmente, a través del «proceso de amparo» con el cual, con mayor efectividad, el Estado viene cumpliendo su rol de control jurisdiccional constitucional del arbitraje; y, dentro de esta última vía, tiene particular trascendencia la jurisprudencia que ha desarrollado y sentado el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución y del ordenamiento jurídico peruano (así se ha denominado el Tribunal en el artículo 1 de su reglamento normativo adoptado por Acuerdo del Pleno del 14 de septiembre de 2004).⁴⁸³

⁴⁸³ Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional:

«**Artículo 1.**.- Control e interpretación constitucional.-

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica».

Por ello, resulta útil y necesario efectuar un revisión de la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, la cual está constituida no sólo por los «precedentes vinculantes» dictados a lo largo de estos años, sino también por las diversas sentencias y resoluciones relativas al control constitucional del arbitraje, las mismas que sin constituir *precedentes* en los términos previstos en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, forman parte; sin embargo, la vasta e importante jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional y que constituye la llamada «doctrina jurisprudencial» [constitucional], en los términos previstos en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, obliga también a los jueces.

Ahora bien, una aclaración previa: cabe precisar que en varios momentos de la presente obra hemos hecho mención deliberada que «el control constitucional del arbitraje a través de los procesos constitucionales» se efectúa, fundamentalmente, a través del proceso de amparo; pues dicho control no necesariamente se ejerce en forma exclusiva a través del proceso de amparo, sino, en general, a través de los llamados «procesos constitucionales de la libertad» (*habeas corpus*, proceso de amparo, proceso de *habeas data*). Y, más aún, cabe precisar que —en puridad— particularmente, el Tribunal Constitucional —en su rol creador de «precedentes vinculantes» y de «doctrina constitucional obligatoria»— se encuentra legitimado de ejercer tal control constitucional (jurisprudencial) del arbitraje a través de cualquiera de los procesos (de la libertad y orgánicos) que llegan a su conocimiento.

En este sentido, no puede generar sorpresa alguna si el Tribunal Constitucional establece algún «precedente vinculante» o alguna «doctrina constitucional vinculante», relativo al arbitraje, en un proceso competencial o en un proceso de inconstitucionalidad. De hecho, el primer precedente vinculante que dicta el Tribunal Constitucional (caso Cantuarias Salaverry, STC n.º 6167-2005-PH/TC, su fecha 8 de julio de 2005) fue en el conocimiento de un «proceso de *habeas corpus*».

No existe ordinariamente un proceso específico destinado para el ejercicio de parte del Tribunal Constitucional del control constitucional del arbitraje; para los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial sí existe tal proceso constitucional específico: el «proceso de amparo». Mas no para el Tribunal Constitucional, en tanto máximo intérprete de la Constitución y del ordenamiento jurídico en su rol compatibilizador con la Constitución. Tal función la puede y debe ejercer el Tribunal en cualquier ocasión que tenga para conocer un asunto de su competencia.

4.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes del caso Cantuarias Salaverry (1999-2006). Sentencias que reconocen la procedencia del amparo arbitral

Como señalan Ernesto Miranda Álvarez y Gonzalo Muñoz Hernández, esta primera etapa de la jurisprudencia arbitral del Tribunal Constitucional corresponde a la «etapa de reconocimiento del amparo arbitral» 1999-2006).⁴⁸⁴ Veamos.

a) Caso Pesquera Rodga (STC n.º 00189-1999-AA/TC de fecha 26 de octubre de 1999)

En esta sentencia el Tribunal Constitucional tuvo por primera vez la oportunidad de pronunciarse sobre una demanda de amparo arbitral, y lo hizo en los siguientes términos:

3. Que, a este respecto, es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso

⁴⁸⁴ MIRANDA ÁLVAREZ, Ernesto y GONZALO MUÑOZ HERNÁNDEZ. «La jurisdicción arbitral en el Perú: El rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales». En *Arbitraje y Constitución*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012, vol. 21, p. 33.

constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar,⁴⁸⁵ como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la *ratio decidendi* de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento.

4. Que, en materia de procesos constitucionales, contra resoluciones de la jurisdicción común e incluso de la jurisdicción militar, existe un criterio desde hace mucho tiempo, que ha sido reafirmado en reiteradas oportunidades y que tiene su punto de partida en el texto original del inciso 2) del artículo 6 de la Ley n.º 23506, que a la letra dispone: «No proceden las acciones de garantía [...] contra resolución judicial emanada de procedimiento regular» (texto que, por cierto, ha sido modificado —en realidad, complementado— por la Ley n.º 27053, pero que no resulta pertinente invocarse en esta oportunidad, por haber sido expedida dicha norma con posterioridad al inicio del presente proceso). Bajo dicho contexto, “procedimiento regular” —ya lo ha dicho este Tribunal— es aquél en el que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es “procedimiento irregular” aquél en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional. De manera que, frente al primer caso, y por referencia explícita a los laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento

⁴⁸⁵ Todo subrayado y/o resaltado que aquí y, en adelante, se haga de una jurisprudencia, es nuestra; tratando con ello de mostrar los fundamentos más relevantes que nosotros consideramos.

regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares.

5. Que, paralelamente a lo dicho, conviene precisar igualmente, que la posibilidad de que mediante una resolución de la jurisdicción (incluida la arbitral) se lesione un derecho constitucional distinto a los estrictamente procesales (verbigracia, derecho de propiedad, contratación, asociación, etc.) y que frente a tal contingencia procedan las garantías, no es una tesis admitida por el derecho procesal constitucional peruano o por su doctrina, pues ello supondría que la garantía (llámese hábeas corpus o amparo) estaría destinada a revisar directamente el fondo de los procesos respectivos, como si el proceso constitucional fuese, en realidad, una *suprainstancia* jurisdiccional. Por ello, a menos que lo que se vulnere por una autoridad jurisdiccional sea un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional. La única excepción a dicha regla será la de la tutela de derechos constitucionales sustantivos, cuando los mismos son vulnerados como consecuencia de la violación paralela de derechos constitucionales de naturaleza procesal, como aconteció en el expediente n.º 611-97-AA/TC, donde junto con la amenaza del derecho de propiedad existía una evidente transgresión del derecho a la defensa como variable del debido proceso.

Comentarios:

Como se advierte, la posición del Tribunal Constitucional en esta sentencia es de asimilación de los laudos arbitrales a las sentencias y resoluciones dictadas por el Poder Judicial.⁴⁸⁶ Y bajo esta visión, el Tri-

⁴⁸⁶ ZÚÑIGA MARAVÍ, Rigoberto Jesús. «Borrando con el codo constitucional lo escrito por la mano legislativa: La concepción del Tribunal Constitucional acerca del arbitraje y del control del laudo arbitral vía demanda de amparo». Ver en: <http://>

bunal Constitucional considera procedente el amparo arbitral cuando la afectación de los derechos fundamentales provenga de un procedimiento arbitral «irregular», no procediendo, por tanto, la demanda de amparo si el laudo hubiese sido dictado en un procedimiento «regular». Posición —ésta— del Tribunal Constitucional que encuentra sustento, a su vez, en la Ley n.º 27053, la cual —modificando el artículo 6, inciso 2) de la Ley n.º 23506— dispuso que el proceso de amparo no procedía «contra resolución judicial o arbitral emanado de procedimiento regular».

b) Caso Compañía de Radiodifusión Arequipa (STC n.º 3261-2005-PA/TC de fecha 8 de julio de 2005)

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional señala que:

- [...]
4. Que, a juicio del recurrente, la aplicación del artículo 77 de la Ley n.º 26572, como justificación para declarar improcedente el recurso de casación interpuesto contra una resolución judicial que no anuló un laudo arbitral, violaría el derecho a la pluralidad de instancias, puesto que la doble instancia constitucionalmente garantizada sólo habría sido contemplada para la revisión de aquellas resoluciones que hubieran anulado total o parcialmente un laudo arbitral.
 5. Que, a Juicio del Tribunal, la pretensión del recurrente no incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia, habida cuenta que:
 - a) La decisión de una persona para someter una controversia determinada al conocimiento de un tribunal arbitral (uni o pluripersonal) conlleva una renuncia expresa a que dicha litis sea resuelta a través del órgano constitucional investido por la Constitución para ejercer la potestad jurisdiccional y, por tanto, que su

desarrollo se realice con algunas de las garantías formales que integran el derecho al debido proceso.

- b) A parte del derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, cuya renuncia es ínsita a la decisión de someterse a un tribunal arbitral, otra de las garantías normales del debido proceso a las que se renuncia con dicha decisión lo constituye el derecho a la pluralidad de instancias, cuya titularidad y ejercicio está previsto sólo para el caso de las personas que deciden someter sus diferencias ante el Poder Judicial. En sede arbitral, en efecto, no está constitucionalmente garantizado que una determinada controversia necesariamente tenga que ser resuelta por una instancia plural.

Aunque no sea relevante para lo que aquí verdaderamente importa, ha de señalarse que la afirmación que precede no quiere decir que ningún derecho fundamental de orden procesal tenga eficacia en el ámbito del arbitraje, o que al resolverse tales controversias, los árbitros no deban respetar y garantizar los derechos fundamentales proclamados por la Constitución Política del Estado. En efecto, este Tribunal tiene dicho (STC n.º 1124-2001-AA/TC Y n.º 0976-2001-AA/TC, entre otras) que, en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales no sólo tienen eficacia vertical, de manera que vinculan a todos los poderes públicos, sino que también tienen eficacia horizontal, de manera que éstos han de ser concretizados en las relaciones entre privados, ámbito al cual pertenece ciertamente todo lo relativo al arbitraje.

- c) Por ello, este Tribunal no considera, por un lado, que el derecho a la pluralidad de instancias resulte afectado como consecuencia de que el legislador haya previsto sólo un conjunto de supuestos para que un laudo arbitral pueda ser cuestionado mediante el recurso de apelación; y, de otro, que una operación semejante haya efectuado el artículo 77 de la Ley General de Arbitraje, en relación con el recurso de casación, el que sólo ha quedado habilitado, muy excepcionalmente, para

aquellos casos en los que la Corte Superior hubiera anulado, total o parcialmente, un laudo arbitral.

Comentarios:

Lo relevante de esta sentencia es que el Tribunal Constitucional hace referencia a que en el proceso arbitral no todos los derechos fundamentales de orden procesal (tutela procesal y debido proceso) se encuentran tuteladas, sino las que resultan aplicables a la función arbitral, dado que la celebración del convenio arbitral para el sometimiento del conflicto disponible a la justicia arbitral importa la renuncia a la función jurisdiccional, y con ella a alguno de los derechos y principios propios y exclusivos de la justicia pública, como ocurre con el derecho a la pluralidad de instancias, el cual es de configuración legal y que en el recurso de anulación de laudo el recurso de casación resulta procedente sólo para aquellos casos en los que la Corte Superior hubiera anulado un laudo arbitral.

4.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el caso Cantuarias Salaverry (2006). Primer precedente vinculante que reconoce al arbitraje como jurisdicción de excepción y sobre esa base establece primeras reglas para la procedencia del amparo arbitral

El caso Cantuarias Salaverry (STC n.º 06167-2005-PHC/TC de fecha 28 de febrero de 2006) constituye el primer precedente vinculante dictado por el Tribunal Constitucional sobre control constitucional del arbitraje. Esta sentencia resulta trascendente por cuanto marca la toma de posición del Tribunal Constitucional respecto de la naturaleza del arbitraje a partir del cual justifica el control constitucional sobre él.

El Tribunal Constitucional expresó lo siguiente en el referido precedente vinculante, que vale la pena transcribirla con mayor extensión:

§1.2. Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral

[...]

4. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción [es decir, el arbitraje] de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado «[...] el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho».

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y, por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

[...]

9. Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.
10. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su

sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.

11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un tribunal arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de

esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.
13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la *kompetenz-kompetenz* previsto en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje —Ley n.º 26572—, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de

cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional.

14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional; y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.

§1.3. Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales

§ Principio de autonomía de la voluntad y jurisdicción arbitral

[...]

17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.
En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y

excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139 de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43 de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al derecho.

18. En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve a posteriori cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.
19. El ejercicio de las potestades jurisdiccionales —ordinaria o constitucional— no puede ni debe ser, desde luego, abusivo, ni supone la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas que lesionen los derechos fundamentales de autonomía de la voluntad y de contenido patrimonial —las libertades de contratar y de empresa—.

§ Principio de interdicción de la arbitrariedad

20. El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco

vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139 de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31 *in fine* de la Carta Fundamental.

Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes.

§1.4. Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad

21. Quienes se inclinan por la irrevisabilidad de los laudos arbitrales se sustentan en el artículo 4º de la Ley n.º 26572, que establece que, salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral, así como en el artículo 59, que otorga a los laudos arbitrales carácter definitivo, estableciendo que contra ellos no procede alguno, salvo el recurso de apelación y de nulidad.

Una interpretación formal propia del valorismo legalista de la Ley n.º 26572, concluiría que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución expedida por un tribunal arbitral es incuestionable en sede constitucional, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona.

Mas, pretender interpretar la Constitución a partir del mandato legal de la Ley n.º 26572, vaciando de contenido el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución (artículo 51 de la Constitución), configurado en el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, no es atendible para defender la irrevisabilidad absoluta de las resoluciones de los tribunales arbitrales.

Además, resulta manifiestamente contrario al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitu-

cionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución).

22. Por otro lado, el último párrafo del artículo 103° de la Constitución establece que ésta no ampara el abuso del derecho, por lo que el ejercicio de poder jurisdiccional ordinario, y con mayor razón el excepcional, será legítimo si es ejercido en salvaguarda del cumplimiento de los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de los mismos y de las resoluciones dictadas por este Tribunal (artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el cumplimiento de las sentencias que constituyan precedente vinculante (artículo VII del Código Procesal Constitucional) y el respeto al derecho a la tutela procesal efectiva (artículo 4 del Código Procesal Constitucional).

23. Por los fundamentos precedentes, a juicio de este Colegiado, es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral. Ésta, por tanto, debe ser considerada como la única opción válida constitucionalmente, habida cuenta de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar (artículo 4 del Código Procesal Constitucional). En esa medida, no existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral.

Comentarios:

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional declaró como vinculantes para todos los operadores jurídicos los fundamentos jurídicos n.ºs 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18.

Como se advierte, el Tribunal Constitucional adopta posición por la «teoría jurisdiccionalista» respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, considerando, sin rubor alguno, que el fundamento del arbitraje no esté en la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, sino

que «tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución».

De hecho, literalmente, dicha disposición constitucional reconoce al arbitraje y su autonomía. Sin embargo, cabe precisar que la interpretación de las normas constitucionales no puede efectuarse con extrema sencillez a partir de su mera aprehensión lógico-gramatical y con asentimiento sereno de las categorías que utilice el constituyente (como diseñador de disposiciones normativas) como si fueran indiscutibles, cuando en primer lugar lo que el intérprete debe efectuar es un análisis de compatibilidad de las categorías, conceptos y/o instituciones con su naturaleza jurídica, pues de no ser así, la interpretación conduciría a la desnaturalización de la institución.

No obstante que el constituyente ha reconocido la autonomía del arbitraje a partir del reconocimiento de éste como una jurisdicción («jurisdicción arbitral»), sin embargo, ello no puede conllevar la aceptación pacífica de tal disposición. El arbitraje no es jurisdicción. Ambos, si bien constituyen ontológicamente mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, y si bien ambos tienen como causa-fin a la justicia, sin embargo, ambos difieren en sus orígenes y su causa-fuente. El arbitraje es fruto de la libertad y la autonomía de voluntad. Se recurre al arbitraje, por cuanto las partes así lo han convenido respecto a un conflicto de carácter disponible, en ejercicio legítimo de su autonomía de la voluntad.

El arbitraje es también un mecanismo natural de solución de conflictos por cuanto aparece históricamente como una respuesta natural y hasta instintiva en los orígenes del hombre mismo como ser gregario y tendiente a la conservación del grupo humano; y, como respuesta racional frente a los efectos perniciosos de la autodefensa y la falta de eficacia de la autocomposición.

La jurisdicción, que es la potestad pública de impartir justicia a través de los órganos jurisdiccionales, se fundamenta, en cambio, en el poder que el Estado ejerce sobre las personas y la sociedad, es decir, tiene su causa-fuente en el denominado *ius imperium* y la llamada *soberanía popular*. La jurisdicción es fruto de la aparición y desarrollo del Estado. El arbitraje es anterior a la formación del propio Estado, aparece con la evolución del hombre mismo como ser gregario y social, como un mecanismo natural de solución de conflictos. En modo alguno se puede equiparar el arbitraje a la jurisdicción. Ambos tienen causas-fuentes distintas.

El hecho de que el arbitraje, al igual que la jurisdicción, constituya mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos no puede conllevar a pretender otorgar «naturaleza» jurisdiccional al arbitraje. Acaso ¿no se es capaz de reconocer que no toda impartición de justicia se obtiene únicamente a través del Estado y que existe, a su vez, otros mecanismos de solución alternativos a la justicia pública e incluso históricamente anterior a ella fundado en la naturaleza libre y racional del hombre?

La justicia que brinda el mecanismo arbitral es una justicia privada que resulta ser alternativo, pero, a su vez, complementario a la justicia pública o estatal que brindan los órganos jurisdiccionales.

Lo que ocurre es que, desde la aparición y consolidación del Estado sobre la sociedad y los hombres, este gran Leviatán del que nos hablaba Tomas Hobbes pasó a monopolizar el sistema de administración de justicia y, entonces, desde ese momento ejerce poder (*ius imperium*) sobre los miembros de la sociedad.

Existe, si bien la necesidad inevitable de que el Estado asuma control sobre los otros medios alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje, a fin de que dicha justicia privada se encarrile dentro de la justicia diseñada en la Constitución y las normas internacionales de

protección de los derechos humanos; mas por ello no puede equipararse el arbitraje a la jurisdicción. Es más, el arbitraje tampoco es plenamente equivalente a la función jurisdiccional. El árbitro carece de poder de coerción (*coertio*) y de la que sí goza el juez. Para el eficaz alcance de la finalidad dikelógica como mecanismo de impartición de justicia, el arbitraje requiere de la colaboración y actividad complementaria de la jurisdicción para la efectividad vía ejecución forzosa de sus mandatos (*laudo*).

Así, nosotros concordamos con aquella posición doctrinaria que afirma que el arbitraje no es jurisdicción ni su equivalente. Simple y llanamente el arbitraje es el arbitraje. Aquel mecanismo hetercompositivo natural de solución de conflictos muy anterior al Estado y a la jurisdicción, consustancial a la evolución del hombre mismo y de la sociedad y que encuentra su fundamento en la naturaleza libre de la persona humana. Y la autonomía del arbitraje estriba precisamente en esta esencia inherente al hombre. Y el Estado, en tanto organización racional de la sociedad, no la puede desconocer ni mucho menos prohibirla.

En tal sentido, la operatividad y eficacia del arbitraje en la realidad práctica no puede sino radicar en su autonomía funcional con respecto a los demás mecanismos de solución de conflictos, particularmente frente a la función jurisdiccional. La autonomía del arbitraje es entonces consustancial al arbitraje mismo. El arbitraje no podría funcionar y servir a los fines de la persona humana y la sociedad si no goza de autonomía; ergo, corresponde al Estado garantizarla en tanto la defensa persona humana y su dignidad es su fin supremo. La autonomía del arbitraje, por tanto, es una cuestión que no puede discutirse. Es condición necesaria e imprescindible para la operatividad misma del arbitraje. El Estado no puede desconocerla, prohibirla ni limitarla en su contenido esencial.

Así, la autonomía de la que goza el arbitraje no es fruto de su reconocimiento como jurisdicción («jurisdicción arbitral») por parte del Constituyente, y con ello de la atribución de los principios y derechos de la función jurisdiccional, sino porque resulta ser condición necesaria

e imprescindible para su operatividad eficiente, por lo que, en esencia, su reconocimiento y defensa puede ser invocada al margen de su reconocimiento positivo en el artículo 139, pues en el supuesto de que no existiera esta disposición constitucional en los términos en que se encuentra redactado, la autonomía del arbitraje puede ser igualmente invocada y defendida con base en los fundamentos del arbitraje que hallamos positivizados en el artículo 2, inciso 24, literal a) que consagra el derecho a la libertad personal, en virtud del cual: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». Así como el artículo 2, inciso 14, en virtud del cual toda persona tiene derecho a «contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público [...]». Y, el artículo 62 que dispone que: «[...] Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

Sin embargo, cierto es que ha resultado asaz beneficioso para el fortalecimiento del arbitraje el reconocimiento de la autonomía del arbitraje, efectuado en el referido artículo 139 de la Constitución. Sin embargo, los principios y derechos alusivos a la función jurisdiccional también le son aplicables a la función arbitral, no porque el arbitraje sea jurisdicción, sino porque ambos constituyen mecanismos heterocompositivos de impartición de justicia.

En puridad, los principios y derechos recogidos en el artículo 139 no son exclusivos de la función jurisdiccional, son también invocables y exigibles en cualquier mecanismo heterocompositivo público o privado de impartición de justicia; es decir, en cualquier situación en la que sea un tercero quien tenga que definir derechos e intereses de otros sujetos ajenos a los suyos. Así, todo sujeto de derecho cuyo conflicto de intereses esté sometido a un mecanismo heterocompositivo tiene derecho de exigir la observancia de las garantías de un proceso debido, un proceso justo y equitativo.

Es por ello que consideramos que, en realidad, el error de catalogar el arbitraje como una jurisdicción parte de la errónea estructuración del sistema de administración de justicia en la Constitución. No hay una real concepción de la justicia en nuestra Carta Magna. La impartición de justicia no sólo emana del pueblo ni se ejerce sólo por los órganos jurisdiccionales. El concepto de «soberanía popular» legitima la función jurisdiccional, pero, en modo alguno, el arbitraje encuentra su legitimación y fundamento en ella. Hemos dicho hasta la saciedad que antes del Poder del Estado ya era el arbitraje como mecanismo natural y luego alternativo al que brinda el Estado. El fundamento que legitima el arbitraje proviene también de un «poder», pero no del pueblo, sino de los propios particulares; de cada persona, sustentado en la libertad y la autonomía de la voluntad.

Empero, provenga de donde provenga el poder de resolver conflictos, es decir, ya sea del pueblo o ya sea de la autonomía de la voluntad, lo claro y concreto es que ambos mecanismos tienen por finalidad alcanzar la «justicia». En tal sentido, podemos advertir que existe un «derecho a la justicia» (propriadamente el «derecho a la tutela procesal justa y debida») que corresponde a todo sujeto de derecho y el cual puede ser brindado por el Estado a través de la función jurisdiccional («justicia estatal») o hallada entre los propios particulares en ejercicio de su poder de autorregulación («justicia arbitral»).

Resultan, en este sentido, precisas las palabras de Bruno Oppetit, al decir que:

El arbitraje, en cualquiera de sus modalidades, hace parte de la misma búsqueda del ideal de justicia que persiguen las jurisdicciones estatales, como la había presentado H. Motulsky: hoy en día la misma filosofía del debido proceso impregna las finalidades y los principios de organización de toda forma de justicia pública o privada contribuyendo, así, a instaurar la función de juzgar sobre bases comúnmente

aceptadas y respetadas”⁴⁸⁷. Y que: «[...] La idea contemporánea de justicia ha sido desinstitucionalizada: tendemos a ver en la justicia un bien público más que un servicio público [...] Por consiguiente, las formas de justicia privada adquieren por ellas mismas una legitimidad independiente de todo reconocimiento estatal. El juez privado, quien no puede apoyarse como el juez público de la inserción en el aparato estatal en cuyo nombre dice el derecho y resuelve los litigios, encuentra en su aptitud a juzgar una legitimidad propia, fundada en el capital simbólico que representa su capacidad de juzgar, su competencia y su neutralidad: la adhesión voluntaria del justiciable se sustituye al efecto de autoridad que sólo conoce la justicia pública [...]».⁴⁸⁸

Así, jurisdicción y arbitraje, al ser ambos medios de impartición de justicia, están sujetos a la observancia y respeto de los principios y garantías diseñados tanto por la Constitución, como por las normas internacionales de protección de los derechos humanos, para una justa, debida y racional impartición de justicia que toda persona y la sociedad merece. Así, creemos que —en estricto— el artículo 139 de la Constitución debe ser interpretado a partir de la consideración de que los principios y derechos ahí reconocidos no son exclusivos de la función jurisdiccional, sino que corresponden a toda forma de impartición de justicia, entre ellos el arbitraje, y con ello el reconocimiento de la naturaleza particular del arbitraje.

Ahora bien, sobre la base de esta toma de posición (es decir, bajo la consideración del arbitraje como jurisdicción de excepción), el Tribunal Constitucional, en el precedente vinculante materia de análisis, considera procedente el amparo arbitral bajo determinados criterios limitativos, a saber:

⁴⁸⁷ OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2006, p. 265.

⁴⁸⁸ OPPETIT, Bruno. *Ob. cit.*, pp. 40-41.

- 1° *El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante el recurso de anulación de laudo previsto en la Ley de Arbitraje. Y, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional, esto es siempre que se hayan agotado las vías previas.*

Al respecto, cabe precisar que la distinción que en ese entonces el Tribunal Constitucional efectúa entre *control judicial* y *control constitucional* del arbitraje no resulta congruente con el estado actual de la normativa y de la jurisprudencia constitucional referida al control jurisdiccional del arbitraje, dado que «la función de control sobre el arbitraje más que judicial es de carácter jurisdiccional, a cargo de los dos órganos jurisdiccionales competentes para el ejercicio de tal función: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional».

Este control jurisdiccional se efectúa en sus dos formas, las mismas que, sin embargo, no pueden seguir diferenciándose con base en los órganos jurisdiccionales a cargo de tal control: Poder Judicial (control judicial) y juzgados constitucionales y Tribunal Constitucional (control constitucional), sino en base al objeto y fines de cada forma de control.

Tradicionalmente, se ha denominado estas dos formas de control jurisdiccional como *control judicial* (el cual se hace efectivo mediante el denominado recurso de anulación de laudo que se tramita ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, de allí la denominación de *control judicial*); y, como *control constitucional* (a cargo también de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial en primera instancia y por el Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional de decisión definitiva, y ello básicamente a través del proceso de amparo).

Sin embargo, el Poder Judicial en un enfoque neoconstitucionalista (el cual importa que los jueces y los procesos ordinarios (y no necesariamente los constitucionales) está también dotado de competencia y función para la plena tutela de los derechos fundamentales en los procesos a su cargo a través del recurso de anulación de laudo.

La diferencia esencial entre una y otra forma de control jurisdiccional no radica en el órgano jurisdiccional que la ejerce sino en los propósitos que cada una de las formas de control persigue. Así, el llamado *control judicial* no es tal porque sea el Poder Judicial el que la ejerza, sino esencialmente por cuanto en este propósito el recurso de anulación de laudo sirve para ejercer esencialmente un control de legalidad del laudo arbitral, una revisión de su validez legal, es decir, que el laudo no sea producto de la vulneración de las disposiciones de la ley o del convenio arbitral (que es ley entre las partes, según interpretación derivado de la fuerza vinculante del contrato para las partes según el artículo 1361 del Código Civil).

Así, en virtud de estas disposiciones legales, el llamado *control judicial* es, básicamente, un *control de legalidad del laudo* y se ejerce exclusivamente a través del *recurso de anulación de laudo*, a cargo de los órganos jurisdiccionales competentes del Poder Judicial, esto es, la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje, y en vía de impugnación extraordinaria (Casación) por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, bajo determinadas causales específicas; quedando tal control y tal proceso agotados ante órganos del Poder Judicial.

En tanto que el llamado *control constitucional del laudo* lo es tal no porque sean los juzgados constitucionales los competentes para tal función, como tampoco porque el Tribunal Constitu-

cional lo ejerza en última instancia, y —también— no porque esta forma de control se ejerza exclusivamente a través de los procesos constitucionales, sino, por cuanto a través de la institución del control constitucional, el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales competentes (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) realiza la labor de control sobre la justicia arbitral a fin de que en ella no se vulneren los derechos fundamentales de la tutela procesal y/o el debido proceso y se garantice la vigencia de la Constitución y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional referidos a los derechos procesales fundamentales aplicables al arbitraje.

Como se reitera esta función de control se ejerce a través del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, ello conforme a su vez a los lineamientos dados por el Tribunal Constitucional a través de sus precedentes vinculantes aplicables al arbitraje (STC n.º 6167-2005-PHC/TC, STC n.º 0142-2011-PA/TC y STC n.º 2383-2013-PA/TC) y demás jurisprudencia relevante.

Empero, el control constitucional no sólo se ejercita mediante los *procesos constitucionales de la libertad* (particularmente el proceso de amparo), sino también tal revisión de la constitucionalidad del laudo puede y debe ejercerse a través de la justicia ordinaria (Poder Judicial) y mediante el mecanismo procesal autorizado por ley para ejercer tal control, es decir, a través del *recurso de anulación de laudo*.

El *proceso de amparo* constituye de este modo una vía extraordinaria para el control del laudo y que procede únicamente para casos de suma urgencia; y, el *recurso de anulación de laudo* una vía ordinaria pero igualmente satisfactoria para el ejercicio de tal control constitucional.

De hecho, la duodécima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071) así lo ha establecido al disponer que: «Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo».

Finalmente, cabe precisar que la advertencia del *recurso de anulación de laudo* como vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela constitucional de los derechos a la tutela procesal y/o el debido proceso, ha sido a su vez ratificada por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante del caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (de la Sentencia n.º 0142-2011-PA/TC de fecha 21 de septiembre del 2011), así como el precedente vinculante del caso Elgo Ríos Núñez (sentencia n.º 2383-2013-PA/TC de fecha 12 de mayo de 2015). Habiendo el Tribunal Constitucional determinado los casos específicos en las que procede la demanda de amparo para los efectos del control constitucional del arbitraje.

- 2º *El amparo arbitral procede contra laudos que hayan sido expedidas vulnerando derechos fundamentales procesales (debido proceso y tutela procesal efectiva), así como por el no acatamiento de la doctrina jurisprudencial y los precedentes precedentes expedidas por el Tribunal Constitucional conforme a lo previsto en los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.*

Al respecto, cabe precisar que la procedencia del amparo arbitral por el no acatamiento de la jurisprudencia vinculante (precedente vinculante y doctrina jurisprudencial) del Tribunal Constitucional debe ser interpretada en congruencia con la *autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdic-*

cionales, como principio rector de la operatividad del arbitraje en el Estado constitucional.

Es decir, la intervención jurisdiccional-constitucional mínima y justificable (núcleo duro del control del arbitraje) que soporte y no pulverice el referido principio rector del arbitraje está dada por el control de la observancia en el arbitraje de los derechos procesales fundamentales (tutela procesal efectiva y/o debido proceso) como únicos medios racionales y razonables para el logro de los propósitos por los que los justiciables pactan, acuden y esperan del arbitraje: la *justicia arbitral*. Así, cualquier decisión sobre el fondo (así por más que dichas decisiones estén referidos a derechos constitucionales o *infra* constitucionales y así tales decisiones sean contrarias a precedentes vinculantes relativos a estos derechos de naturaleza sustantiva) que adopte el árbitro o tribunal arbitral es exclusiva de la potestad arbitral y está, por tanto, excluida del control constitucional. Así, no toda vulneración de la jurisprudencia obligatoria del Tribunal Constitucional justifica la procedencia del amparo arbitral, sino únicamente aquella jurisprudencia (obligatoria) relativa a los derechos fundamentales de naturaleza procesal (tutela procesal efectiva y/o debido proceso), por ser estos derechos los que garantizan la obtención de una decisión (arbitral) debida (justa y equitativa) y que mínimamente (núcleo duro) toda persona se merece en tanto ser con dignidad y al que el Estado (en tanto su protección es el fin supremo de la sociedad y del suyo propio) no puede renunciar.

En virtud del arbitraje y su autonomía y la consiguiente no interferencia de los órganos jurisdiccionales, la persona al renunciar a la justicia pública lo que hace es renunciar a su vez a la *unidad en la interpretación y aplicación del derecho* que en la función jurisdiccional se logra a través del sistema recursivo y el recurso de casación (justicia única y predecible), y a través

también de las interpretaciones que el Tribunal Constitucional establece a través de su jurisprudencia obligatoria relativas a derechos fundamentales de naturaleza sustantiva.

Es decir, en su contenido sustancial o de fondo (así se traten de derechos constitucionales y de precedentes vinculantes relativos a derechos de esta naturaleza), lo que resuelva el árbitro o tribunal arbitral no puede ser materia de control jurisdiccional, pues ello vulnerizaría el contenido constitucionalmente protegido de la autonomía arbitral; mas a lo que no puede renunciar y sobre los que el Estado no puede dejar de ejercer control (jurisdiccional), en tanto sea invocado por la parte interesada, es en lo relativo a la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales que sirven de instrumento para la existencia de un proceso racionalmente justo y equitativo (derechos fundamentales procesales). En otras palabras, sea cual fuere la decisión del árbitro o tribunal arbitral, tal decisión será constitucionalmente válida si es que la misma ha sido producto de un proceso justo y equitativo (debido proceso), de la observancia de los derechos constitucionales procesales y de los precedentes vinculantes relativos a derechos constitucionales de tal naturaleza, y no a “cualquier derecho constitucional”. Esta posición resulta congruente no sólo con la autonomía del arbitraje, sino con la propia naturaleza disponible de los derechos y/o situaciones jurídicas que son materia de sometimiento de arbitraje. Así como las partes son libres de disponer de sus derechos que tengan tal naturaleza (en virtud a ello sus titulares pueden transferir, donar, regalar, transigir, etc.), también —se entiende— que pueden válida y legítimamente someter la determinación y declaración de sus derechos a un árbitro (o tribunal arbitral) y admitir lo que éstos decidan para bien o para mal en relación a sus intereses; y el Estado no puede intervenir sobre tal disposición de derechos e intereses propios de las partes. Pretender que el Estado se inmiscuya en esta potestad otorgada por las partes y pretenda

«enmendar» error de interpretación o aplicación del derecho por los árbitros, importaría violar el derecho a la libertad contractual y de contratación de las personas, base fundamental en un Estado democrático y social de derecho.

- 3° *El amparo arbitral procede contra laudos previo agotamiento de la vía previa, los cuales están constituidos por los recursos previstos en la Ley General de Arbitraje (se refiere a la Ley derogada) que prevé el recurso de apelación del laudo en el proceso arbitral y el recurso [judicial] de anulación del laudo.*

Respecto al agotamiento de la vía previa en el amparo arbitral, la misma fue dejada de lado en el precedente vinculante del caso Minera María Julia, de modo tal que todo análisis de la misma se efectuará al tratar dicho precedente.

4.3. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional posterior al caso Cantuarias Salaverry (2006-2008). Sentencias que establecen más reglas que buscan poner en orden la delimitación de la procedencia del amparo arbitral*

En esta etapa tenemos las siguientes sentencias relevantes:

- a) *Caso Corporación Meier (STC n.º 4972-2006-PA/TC de fecha 04 de agosto del 2006)*

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

Los supuestos de procedencia del proceso constitucional contra la jurisdicción arbitral

16. Este Colegiado considera pertinente reiterar que aunque resulta perfectamente legítimo acudir al proceso constitucional a efectos de cuestionar el carácter lesivo de los actos expedidos por la jurisdicción arbitral, tal cual se puso de manifiesto, entre otros, en el fundamento n.º 23 de la sentencia recaída en el Exp.

n.º 6167-2005-PHC/TC (Caso Femando Cantuarias Salave-rry), ello sólo es posible cuando allí se obre de modo arbitrario, y por demás inconstitucional. Así también, el control constitucional sólo procederá *a posteriori*.

17. En el contexto descrito y en la lógica de concretizar de un modo más aproximativo los supuestos en que se habilitaría el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, este Tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora:

- a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa;
- b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben;
- c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, ésta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.).

18. En lo que respecta a la primera hipótesis, este Colegiado no tiene sino que reiterar los criterios de control constitucional que suelen invocarse en el caso de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales. Lo dicho, en otras palabras, quiere significar que así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Cons-

titucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (Artículo 4).

19. En lo que respecta a la segunda hipótesis enunciada, queda claro que la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados. Desde dicha perspectiva, es evidente que toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Lo señalado, en otras palabras, lleva implícita la regla de que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean *prima facie* ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que sólo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral.

20. Finalmente, y en lo que respecta a la tercera hipótesis de control, este Colegiado estima que, aun cuando la jurisdicción arbitral tenga su origen en el consentimiento de quienes participan de una relación contractual, ello de ninguna manera justificará el que hacia su estructura se reconduzcan asuntos por su propia naturaleza indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación. Es eso precisamente lo que ocurre cuando se trata de derechos fundamentales que, como se sabe, no pueden ser objeto de negociación alguna ni siquiera en los casos en que exista la voluntad expresa de prescindir de los mismos o alterarlos en todo o parte de su contenido. Es eso también lo que sucede, por citar otros supuestos, con las materias penales o incluso con las materias tributarias en las que el Estado de ninguna manera puede renunciar a su capacidad de control y sanción. [...].

b) Caso Proime (STC n.º 4195-2006-AA/TC de fecha 16 de noviembre de 2007)

En esta sentencia el Tribunal Constitucional establece nuevas reglas de procedencia del control constitucional del arbitrale; a saber:

2. Antes de avanzar en la respuesta puntual a la pretensión planteada, este Tribunal considera pertinente dejar sentada su discrepancia con lo expuesto por el órgano que decidió el presente caso en primera instancia, puesto que el hecho de que el laudo sea, *prima facie*, inimpugnable, no lo convierte en incontrolable en vía del proceso de amparo. En este sentido, conviene recordar que el debido proceso compromete normas de orden público constitucional, por lo que su defensa y control son irrenunciables, no sólo en el ámbito de los procesos judiciales, sino también en todo tipo de decisiones donde el Estado haya reconocido actuaciones materialmente jurisdiccionales, como es el caso del arbitraje (expediente n.º 6167-2005-HC, fundamentos n.ºs 17 y 18).

Respecto a los argumentos de la recurrida, este Colegiado, si bien comparte el criterio conforme al cual el proceso de anulación de laudo arbitral constituye, en principio, una vía previa al amparo (expediente n.º 6167-2005-HC, fundamento n.º 14 *in fine*); no considera que ello signifique prescindir de atender el hecho de que, conforme al artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, sólo se puede impugnar un laudo en base a una lista cerrada de causales. En tal sentido, este Colegiado estima que una afectación que no esté contemplada como causal de anulación de laudo, y que; sin embargo, compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos.

3. No obstante, conforme se ha establecido en esta sede (*cfr.* expedientes n.ºs 6167-2005-HC y 6149-2006-AA), a fin de preservar la capacidad de los árbitros de pronunciarse acerca de su propia competencia, no podrá interponerse el amparo directamente contra un acto violatorio de derechos fundamentales acaecido en el trámite del proceso arbitral, pues, ante tal eventualidad, será necesario esperar el pronunciamiento definitivo del Tribunal Arbitral, el que podrá ser impugnado por violación *intra proceso* y resolverse como una cuestión previa, de ser el caso. En este supuesto, además, se deberán interpretar extensi-

vamente las causales de admisibilidad del recurso de anulación, con relación a la cuestión incidental.

Esto, por supuesto, no quiere decir que todas las violaciones al debido proceso o demás derechos fundamentales, aun cuando ya exista un laudo, puedan ser impugnadas por medio del recurso de anulación. Como ya quedó dicho, y la propia norma así lo prevé, las causales para interponer el recurso de anulación se encuentran contempladas de manera taxativa y, aunque su interpretación sea extensiva, esta discrecionalidad (o flexibilidad) tiene límites infranqueables. Lo anterior no implica, por lo demás, que exista un vacío normativo o una zona donde no haya control de la arbitrariedad (en la que podrían incurrir los árbitros), sino que tal control no se podrá llevar a cabo mediante el recurso de anulación, sino a través un proceso de amparo, de ser el caso.

4. En cualquier caso, y a efectos de determinar el ámbito de actuación de este Tribunal cuando conozca de amparos contra laudos arbitrales, es pertinente precisar algunas reglas para el control de estas decisiones. En tal sentido:

- a) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.
- b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos 2 y 3 *supra*.
- c) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.

En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.

- d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.
- e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.

c) Caso Proime (STC n.º 5771-2007-PA/TC de fecha 6 de noviembre del 2008)

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional aclara lo siguiente:

- [...]
- 4. Que si bien el Tribunal Constitucional ha establecido la posibilidad del control constitucional de un laudo arbitral mediante el proceso de amparo (STC n.º 6167-2005-HC/TC), también es verdad que dicho control no puede constituir en ningún caso un mecanismo de sustitución del juicio arbitral sobre las cuestiones de fondo decididas por los árbitros. En tal sentido está establecido (expediente n.º 4195-2006-AA/TC, fundamento jurídico n.º 4) que el proceso de amparo resulta improcedente en los siguientes supuestos: [...].

Comentarios:

Esta sentencia es clave en el reconocimiento que el Tribunal Constitucional tiene del principio de la autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales. Es imposible la existencia y

operatividad de la justicia arbitral sin el respeto y observancia de este principio fundamental, especialmente de parte del Estado en el desempeño de la función jurisdiccional.

A nuestro entender, el respeto que los órganos jurisdiccionales deben tener por la potestad exclusiva y excluyente de los árbitros para resolver el fondo de la cuestión litigiosa que las partes han sometido es infranqueable. Constituye el núcleo duro de la autonomía de la justicia arbitral. Tal potestad alcanza a los actos de interpretación y aplicación de todo dispositivo normativo del ordenamiento jurídico (si el arbitraje fuese de derecho), entre ellos la propia Constitución.

Es decir, los árbitros en el cumplimiento de la función de resolver la cuestión litigiosa en su cuestión de fondo tienen autonomía para interpretar y aplicar incluso las normas constitucionales y todas las demás que forman parte del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia obligatoria que dicta el Tribunal Constitucional (doctrina jurisprudencial obligatoria y precedentes vinculantes) relativas a derechos fundamentales de orden material o sustantivo, las persuade, pero no las obliga.

Siendo el límite de tal potestad y autonomía, en todo caso la observancia de los derechos fundamentales de orden procesal (debido proceso y/o tutela procesal efectiva), entendiéndose también que —según el propio Tribunal Constitucional— estos derechos fundamentales están compuestos por un plexo de derechos y garantías de orden formal: derecho de defensa, contradicción, motivación, prueba, etc.; así como por derechos de orden sustancial: razonabilidad y proporcionalidad en las decisiones aún de fondo.

Es decir, en observancia del principio rector de la autonomía de la función arbitral y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales sólo está permitido el control constitucional del laudo cuando éste hubiere sido dictado en afectación a los derechos fundamentales de orden procesal (tutela procesal y/o debido proceso) o cuando el laudo —incluso—

en su contenido de fondo sea afectativo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad (aspecto sustancial del debido proceso).

d) Caso Exploraciones Algamarca (STC n.º 1567-2006-PA/TC de fecha 30 de abril de 2006)

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional establece estas otras reglas que delimitan la casuística de procedencia del control constitucional del arbitrale; a saber:

§ 3. La procedencia del amparo frente a laudos arbitrales: necesidad de agotar las vías previas

15. Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulte lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje —Ley n.º 26572— prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo.
16. Este requisito de procedibilidad se sustenta en el artículo 5, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, que señala: «No proceden los procesos constitucionales cuando: 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus». En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, además, en el artículo 45º del citado Código, que dispone: «El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo». Ambos artículos refieren en su texto el concepto «vía previa», que debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en

agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional; y que resulta exigible a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional.

17. Así, en el caso del proceso de arbitraje, la Ley n.º 26572 dispone que los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos sólo proceden los recursos de apelación y anulación.

El recurso de apelación, de conformidad con el artículo 60 de la Ley General de Arbitraje, procede ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o está previsto en el reglamento arbitral de la institución a la que las partes sometieron su controversia.

Si el recurso de apelación fue interpuesto ante el Poder Judicial, ya no cabe la interposición del recurso de anulación, puesto que no son compatibles; en consecuencia, el presunto agraviado estará habilitado para recurrir al juez constitucional. De otro lado, si el recurso de apelación fue interpuesto ante una segunda instancia arbitral, deberá interponerse el recurso de anulación de laudo arbitral, previsto en el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje, ante el Poder Judicial.

18. El segundo recurso previsto en el artículo 60 de la Ley General de Arbitraje es el de anulación. Su objeto es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, y se interpone ante el Poder Judicial, por las causales establecidas en el artículo 73 de la Ley n.º 26572. Agotado este proceso judicial, quien se sienta afectado en su derecho podrá recurrir al proceso de amparo.

19. La razonabilidad del agotamiento de la vía previa, como requisito de procedencia del proceso de amparo, se sustenta en la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje y en la efectiva posibilidad de que, ante la existencia de un acto infractor, éste sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagrados en el artículo 139 de la Constitución; desarrollados para tal efecto por la Ley General de Arbitraje [...].

4.4. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional previo al precedente vinculante del caso Minera María Julia (2007-2011). Sentencias que constituyen retroceso en materia de amparo arbitral*

Aun dejando de lado —por nosotros— la consideración de la función arbitral como «jurisdicción de excepción», hasta antes de la expedición de las sentencias que comentaremos a renglón seguido (casos Codisa (STC n.º 05311-2007-PA/TC) e Ivesur (STC n.º 02871-2010-PA/T)), el Tribunal Constitucional vino perfilando debidamente los casos de procedencia excepcional del control constitucional del arbitraje, ello en congruencia con el principio de autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales. La delimitación del control constitucional del arbitraje tuvo las siguientes características:

- 1º *El control constitucional del arbitraje debe ser ejercido ex post, es decir, posterior a la expedición de laudo arbitral, razón por la que dicho control es en estricto un control del laudo. El control resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.*
- 2º *El control constitucional debe ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; esto es, siempre que se hayan agotado las vías previas, las cuales están constituidos por los recursos previstos en la Ley de Arbitraje (ya sea el recurso de apelación de laudo la cual se encontraba prevista en la Ley General de Arbitraje derogada o ya el recurso [judicial] de anulación del laudo).*
- 3º *El control constitucional del arbitraje procede contra laudos que hayan sido expedidos vulnerando derechos fundamentales procesales (debido proceso y tutela procesal efectiva), los cuales comprenden una serie de garantías de orden formal (derecho de defensa,*

contradicción, motivación, prueba, independencia, etc.) y de orden sustantivo (estándares de razonabilidad y proporcionalidad que el laudo en su cuestión de fondo debe tener); control que recae sobre los actos de interpretación y aplicación de las disposiciones normativas referidas a tales derechos fundamentales; más, el control no puede constituir en ningún caso un mecanismo de sustitución del juicio arbitral sobre las cuestiones de fondo decididas por los árbitros.

- 4° *La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración (vulneración de los estándares mínimos de razonabilidad y proporcionalidad de la decisión arbitral que forman parte de la garantía del debido proceso en su orden sustantivo).*

En los casos Codisa (STC n.º 05311-2007-PA/TC) e Ivesur (STC n.º 02871-2010-PA/T), el Tribunal Constitucional da un retroceso en los propósitos de debida delimitación del control constitucional del arbitraje, causando el estupor en los arbitraristas y poniendo en peligro la eficacia y utilidad del arbitraje; y, con ello, la economía del país, tanto más si se tiene en cuenta que muchos de los arbitrajes son de inversión, de comercio internacional, de contrataciones con el Estado, entre otros.

Estas sentencias merecieron una andanada de críticas de parte la doctrina procesal y arbitral,⁴⁸⁹ e instituciones de la sociedad civil tales del Instituto de Defensa Legal (IDL) - Justicia Viva;⁴⁹⁰ sentencias que,

⁴⁸⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *Un cuerpo extraño y peligroso en el arbitraje: comentarios a la Sentencia recaída en el Expediente N° 5311-2007-PA/TC*. Ver en:

https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/144_Comentarios_a_la_sentencia_5311_2007.pdf

⁴⁹⁰ Instituto de Defensa Legal-Justicia Viva. *Balance de las sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012* (trabajo a cargo de Juan Carlos Ruiz Molleda y Luis

incluso, fueron adoptadas con votos singulares y dirimientes en el seno del propio Tribunal. Veamos:

a) Caso Codisa (STC n.º 05311-2007-PA/TC de fecha 5 de octubre del 2009)

Los fundamentos relevantes de esta sentencia son los siguientes:

La aplicación de una penalidad excesiva. El abuso del derecho en el ámbito constitucional

17. La última observación que realiza la entidad demandante sí merece especial atención. En efecto, de acuerdo con la misma, el contrato de compraventa habría previsto una cláusula penal absolutamente draconiana o de imposible cumplimiento en la práctica.
18. Conforme se aprecia de la cláusula octava del tantas veces citado contrato de compra venta, la entidad recurrente se comprometió al cumplimiento de una serie de obligaciones. Por otra parte, y como garantía frente a una eventual inobservancia de las mismas, se estableció expresamente, una penalidad o fórmula de tipo sancionador con implicancias de tipo económico.
19. Que se encuentre incorporada una cláusula de carácter penal como previsión sancionadora frente a eventuales incumplimientos de las obligaciones asumidas por las partes, no es algo que por principio pueda considerarse arbitrario. Lo arbitrario o lesivo resultaría si quedasen acreditadas eventuales implicancias sobre derechos fundamentales, sea por que estas resultan irrazonables, sea porque las mismas devienen en desproporcionadas.
20. Los suscritos Magistrados estamos plenamente convencidos que aún cuando las partes que participan de una relación contractual tienen la plena y absoluta capacidad para negociar de la forma más adecuada a sus intereses, ello no signi-

Andrés Roel Alva). Ver en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20180208_04.pdf.

fica que dicho proceso de negociación resulte lesivo a los derechos fundamentales o a los bienes jurídicos de relevancia. Ni por la forma en que se negocia ni por el resultado en que se concluye, es pues aceptable que una relación contractual devenga en contraria a las finalidades u objetivos que persigue la Constitución.

21. Tampoco ni mucho menos puede aceptarse que porque una de las partes haya convenido en forma tácita o expresa que una determinada obligación le resulta plenamente vinculante, aquella se torne absolutamente indiscutible, pues al margen de que su contenido incida o no en temas de estricta constitucionalidad, no puede convalidarse que el ejercicio de un derecho fundamental (en este caso la libertad de contratación) se instrumentalice de tal manera que se convierta en una fuente legitimadora de los excesos. Nuestra Constitución ha sido terminante en proscribir el abuso del derecho de acuerdo con la previsión contenida en el último párrafo de su artículo 103, tesis que como es obvio, no sólo debe entenderse como proyectada sobre el ámbito de los derechos subjetivos de orden legal, sino incluso sobre el de los propios derechos fundamentales, los que para ser correcta o legítimamente ejercidos no pueden desvirtuar las finalidades previstas para ellos desde la propia Constitución.

[...]

24. Nuestro colegiado a lo largo de su jurisprudencia ha sido muy cuidadoso de no entrometerse en las esferas de la autonomía de la voluntad, tanto más cuando estas cuentan con el aval de una jurisdicción especializada como la arbitral, empero, ello no quiere significar que en amparo de tal modalidad de resolución de conflictos, puedan asumirse posiciones manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales, como las que se acreditan con el extremo del laudo objeto de cuestionamiento.

Comentarios:

Como se advierte, la sentencia en comento resulta ser vulneratoria de la autonomía del arbitraje al declarar fundada la demanda de

amparo interpuesta en contra de un laudo arbitral, declarándola nula por razones de fondo relacionados con valoración de hechos, pues el Tribunal advierte la existencia de abuso de derecho en el contrato de compraventa celebrado entre las partes conflicto al incluir una cláusula penal absolutamente draconiana o de imposible cumplimiento en la práctica, afectando ello derechos fundamentales relativas a la libertad de contratación.

Prácticamente, con esta sentencia el Tribunal Constitucional hace un borrón a lo avanzado correctamente en materia de control constitucional del arbitraje, permitiendo —al anular el laudo— el control sobre el fondo del asunto litigioso, no obstante a que —en virtud del referido principio rector de la función arbitral— el conocimiento y solución el asunto litigioso en su cuestión de fondo es exclusiva y excluyente potestad del tribunal arbitral, la cual comprende a su vez la interpretación y aplicación de las normas jurídicas sustantivas que resuelven el caso y la valoración de los hechos que constituyen el fondo del asunto litigioso.

La naturaleza dispositiva de la situación controvertida sometida a arbitraje y la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, así como el respeto de la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, legitiman y justifican el respeto de parte del Estado y de sus órganos jurisdiccionales de la referida potestad del árbitro en la solución del caso. Este derecho de los justiciables es infranqueable y forma parte del núcleo duro del derecho de acceso a la tutela arbitral. El control jurisdiccional constitucional no puede ejercerse sobre este aspecto del laudo.

Hemos dicho hasta la saciedad, que tal control procede, en tanto el laudo vulnere los derechos fundamentales procesales (debido proceso y/o tutela procesal efectiva) en sus dimensiones formal (derecho de defensa, contradicción, prueba, motivación, etc.) y sustancial (estándares de razonabilidad y proporcionalidad que el laudo debe contener), así como los precedentes vinculantes y jurisprudencia obligatoria que el

Tribunal Constitucional expida relativos a los derechos fundamentales de tal naturaleza (tutela procesal y/o debido proceso). Mas no procede contra la violación de los demás derechos fundamentales distintas a las aludidas, ni por inaplicación que el tribunal arbitral efectúe de los precedentes vinculantes que no estén referidas a tales derechos fundamentales de naturaleza procesal.

b) Caso Ivesur (STC n.º 02871-2010-PA/TC de fecha 15 de marzo del 2011)

En esta sentencia el Tribunal Constitucional establece, fundamentalmente, lo siguiente:

§6. Sobre la existencia de vicios en los pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial: La exigencia del agotamiento de la vía previa judicial

3. De autos se advierte que a pesar de haberse admitido a trámite la demanda de amparo y de haberse corrido traslado de ella a las partes para que hagan valer su derecho de defensa y expresen sus posiciones, así como alegatos de forma y fondo, los órganos del Poder Judicial optaron por emitir pronunciamientos inhibitorios fundamentándose exclusivamente en que «la recurrente no ha cumplido con agotar todos los recursos pertinentes dentro del proceso arbitral al no haber interpuesto del recurso de anulación de laudo».
4. Sobre este aspecto de procedibilidad del proceso de amparo corresponde determinar si, en el caso concreto, le era exigible a la demandante agotar la vía previa conforme a las disposiciones contenidas en la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje, la que aun cuando a la fecha de la emisión de la presente sentencia se encuentra derogada, se encontraba vigente en el momento de ocurridos los hechos denunciados como violatorios de los derechos constitucionales de la actora, incluso al momento de interponerse la presente demanda; por ello, toda referencia a la normatividad y a la jurisprudencia se realizará conforme a este parámetro normativo.

5. Respecto a los argumentos del juez y de la Sala en el presente proceso de amparo, este Colegiado, si bien comparte el criterio conforme al cual el proceso de anulación de laudo arbitral constituye, en principio, una vía previa al amparo, conforme a la regulación contenida en la ahora derogada pero, aplicada en el caso concreto, Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje (STC n.º 6167-2005-HC, fundamento n.º 14 *in fine*); no considera que ello signifique prescindir de atender el hecho de que, conforme a su artículo 73, sólo se puede impugnar un laudo en base a una lista cerrada de causales. En tal sentido, este colegiado estima que una afectación que no esté contemplada como causal de anulación de laudo y que compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos.
6. No obstante, conforme se ha establecido en esta sede (STC n.ºs 06167-2005-HC/TC y 06149-2006-AA/TC), a fin de preservar la capacidad de los árbitros de pronunciarse acerca de su propia competencia, no podrá interponerse el amparo directamente contra un acto violatorio de derechos fundamentales acaecido en el trámite del proceso arbitral, pues ante tal eventualidad será necesario esperar el pronunciamiento definitivo del tribunal arbitral, el que podrá ser impugnado por violación *intra proceso* y resolverse como una cuestión previa, de ser el caso. En este supuesto, además, se deberán interpretar extensivamente las causales de admisibilidad del recurso de anulación con relación a la cuestión incidental.
7. Esto, por supuesto, no quiere decir que todas las violaciones al debido proceso o demás derechos fundamentales, aun cuando ya exista un laudo, puedan ser impugnadas por medio del recurso de anulación. Como ya quedó dicho, y la propia norma así lo prevé, las causales para interponer el recurso de anulación se encuentran contempladas de manera taxativa y, aunque su interpretación sea extensiva, esta

discrecionalidad (o flexibilidad) tiene límites que se deberán atender atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Lo anterior no implica, por lo demás, que exista un vacío normativo o una zona donde no haya control de la arbitrariedad (en cualquiera de las etapas del proceso arbitral), sino que tal control no se podrá llevar a cabo mediante el recurso de anulación, sino a través un proceso de amparo, de ser el caso.

8. En este sentido cabe preguntarse entonces si el aludido cuestionamiento constitucional podía ser canalizado a través del recurso de anulación por ante el Poder Judicial. En otras palabras ¿el cuestionamiento conjunto sobre la falta de independencia en el acto de elección de los árbitros y la derivada presunta parcialidad de estos con una de las partes se encuentra contenido dentro de algún supuesto para la interposición del recurso de anulación? Este Colegiado considera que no, toda vez que ya sea por la vía de la aplicación literal o por la vía de la interpretación de las causales de procedibilidad del recurso de anulación contenidos en la Ley General de Arbitraje, aplicable al caso concreto, no es posible, sin desfigurar intensamente la norma legal, admitir que se había previsto el recurso de anulación como vía previa para la instalación del proceso de amparo cuando se cuestiona un asunto constitucional relacionado esencialmente con la independencia en la actuación del CSA al tramitar y emitir las resoluciones cuestionadas y a la derivada presunta parcialidad del árbitro Jorge Vega Velasco en la tramitación del caso arbitral n.º 967-107-2004, al haber sido designado éste por Vocales del CSA quienes habrían sido influidos en su tarea de elección del árbitro en cuestión, viciándose todo el proceso a partir de la emisión de la Resolución n.º 0033-2005/CSA-CCANI-CCL de fecha 29 de marzo de 2005. Y es que ni el artículo 61º ni el 73º de la Ley General de Arbitraje, invocados por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima para desestimar la demanda, incorporan causal alguna relacionada con dichas cuestiones que permitan interponer el recurso de anulación, ni es po-

sible interpretar a partir de dicha configuración normativa que el referido recurso se encontraba habilitado.

9. Se tiene así que el artículo 61 establece que «contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad». Por su parte, el artículo 73 establece que «el laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe: 1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39. 2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente. 3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente. 4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas. 5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo. 6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal. 7. No obstante

lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1. La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo. Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia».

10. Se aprecia pues que ninguna de las causales establecidas para la interposición del recurso de anulación de laudo se relacionan con la presente *litis*. Por tal motivo, en el caso de autos se presenta una situación excepcional que no encuentra vía previa regulada o establecida para ser recorrida. Por ello, estando a que la vía previa para el cuestionamiento de las materias postuladas en el presente caso no se encuentra regulada, le resulta inexigible a la recurrente recorrerla para habilitar el presente proceso de amparo. Por lo demás, es aplicable al caso el principio de *pro actione* expuesto en el artículo III Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, la causa se encuentra habilitada para un pronunciamiento sobre el fondo, sobre todo si el contradictorio se ha instalado con plenas garantías para ambas partes al haber sido admitida la demanda y al haberse presentado los argumentos tanto de forma como de fondo *in extenso*.

Comentarios:

Esta sentencia lo que concretamente señala es que si bien el acceso al proceso de amparo requiere del agotamiento de la vía previa, la cual en materia de amparo arbitral está dado por el recurso de anulación de laudo; sin embargo, estando a que las causales de anulación de laudo previstas en la Ley General de Arbitraje (ya derogada) están previstas de manera taxativa, de modo que el amparo contra laudo arbitral procede sin la exigencia del agotamiento de la vía previa si es que los hechos

invocados en la demanda arbitral no se encuadran en ninguna de las referidas causales de anulación del laudo.

Sin embargo del contenido de la sentencia se tiene que el Colegiado no expresa fundamento alguno que conlleve a determinar de que en el caso concreto los derechos vulnerados en el proceso arbitral tengan contenido constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo; derechos constitucionales que como supuesto de procedencia del amparo arbitral, ya se encontraban incluso delimitados en anteriores precedentes del Tribunal Constitucional: derechos fundamentales de orden procesal (tutela procesal y/o debido procesal, este último en su faz formal y sustancial).

La no partida bajo esta consideración conlleva sencillamente a concebir al amparo arbitral como una prolongación más del proceso arbitral, como una instancia adicional al proceso de amparo, cuando ésta está concebida como una vía extraordinaria y urgente para la tutela de derechos fundamentales que no constituyan vulneración de la autonomía del arbitraje y la no inteferencia de los órganos jurisdiccionales.

Y respecto del presupuesto del agotamiento de la vía previa para la procedencia de la demanda de amparo arbitral, ésta vendría a ser determinada y resuelta en posterior precedente vinculante, esto es, la del caso Minera María Julia que precisamente vamos a analizarla.

4.5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el caso Minera María Julia (2011). Segundo precedente vinculante que pone orden la jurisprudencia del Tribunal en materia de control constitucional del arbitraje y su reajuste al Código Procesal Constitucional y la Ley de Arbitraje (D. Leg. n.º 1071)

La desnaturalización del control constitucional del arbitraje, hechas particularmente con las sentencias de los casos Codisa e Ivesur, justificaba la expedición de un nuevo precedente vinculante que pusiera orden

al control constitucional del arbitraje. Así, con fecha 21 de setiembre del 2011, el Tribunal Constitucional dicta un nuevo precedente vinculante en materia de amparo arbitral, la cual transcribimos en sus partes más relevantes a fin de efectuar luego los comentarios correspondientes. Veamos:

Los alcances de la jurisdicción arbitral

10. De acuerdo con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú: «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes». A su turno el artículo 139, inciso 1) de la misma norma fundamental, prevé como un principio a la par que un derecho ante la función jurisdiccional, «La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional», quedando claramente establecido que «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral».
11. A partir de lo establecido por la norma fundamental, «el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional» (STC n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10). Desde esta perspectiva, «este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria». (STC n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento n.º 14).
12. Sin embargo de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone

en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, «la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso» (STC n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento n.º 9).

13. Ello es así, por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la Justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

El modelo de control constitucional sobre la jurisdicción arbitral y la necesidad de reacomodarlo a lo previsto en el Código Procesal Constitucional

14. Como se ha visto, han sido diversos los criterios que de una u otra manera, han venido perfilando los aspectos del control constitucional de la jurisdicción arbitral. No obstante, considera este Colegiado que aun cuando buena parte de dichos criterios no han perdido su importancia, requieren ser acoplados de una manera mucho más directa a lo expresamente previsto por el Código Procesal Constitucional, en cuanto referente obligado de cualquier fórmula procesal tendente a defender la Constitución.
15. Es pertinente recordar que un cambio radical entre el modelo procesal actualmente vigente y el anterior, vino representado por el paso de un amparo alternativo a uno de carácter

subsidiario o residual. Este cambio supuso la conversión del amparo en un instrumento procesal que habiéndose concebido en sus inicios como un mecanismo indiscutiblemente amplio y flexible en sus alcances, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional sólo podía y debía ser usado, en casos de extrema urgencia o cuando las necesidades de tutela normalmente dispensables en la vía judicial ordinaria no fueran suficientes para defender o tutelar los derechos constitucionales reclamados. Es ese el sentido del artículo 5º inciso 2) del Código Procesal en materia constitucional.

16. En el modelo de control arbitral actualmente existente no parece, sin embargo, haberse reparado mayormente en dicho cambio, pese a existir elementos que conducirían a este propósito.
17. En efecto, aun cuando uno de los criterios que actualmente existe es el de considerar que la procedencia del amparo arbitral se condiciona al agotamiento de las vías previas, no parece ser ese el razonamiento más pertinente, ya que el ordenamiento ha considerado el proceso arbitral *stricto sensu* como aquél que opera sólo y por ante la jurisdicción arbitral. Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el Arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (como en la derogada Ley General de Arbitraje se establecieron los recursos de apelación y de anulación) como fórmula a posteriori, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad, así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate.
18. Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir, la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más

bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5 del CPConst.

19. Que opere este cambio en la manera de concebir el recurso judicial de anulación no significa que el amparo arbitral esté condenado a su desaparición. Simplemente se trata de reacomodarlo a su verdadera naturaleza que no es otra que la de un mecanismo corrector absolutamente excepcional, sujeto a supuestos excepcionales que esta sentencia señalará a continuación.
20. De acuerdo con lo indicado líneas arriba y con la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:

Improcedencia del amparo arbitral

- a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.
- b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63º del Decreto Legislativo n.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales, aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

- c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65 e inciso 1 del artículo 73 de la Ley n.º 26572, respectivamente.
- d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63 [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65 [inciso 1] y 73º [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).
- e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4º del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

- 21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:
 - a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
 - b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según co-

rresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14º del Decreto Legislativo N° 1071.

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

Comentarios:

Esta sentencia tiene varios aspectos que comentar. Veamos:

a) El Tribunal Constitucional no deja de lado la posición respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje ya expuesta en la STC n.º 6167-2005-PHC/TC

El Tribunal Constitucional, a lo largo de sus pronunciamientos jurisprudenciales existentes a la fecha, no ha abandonado la posición adoptada desde sus inicios (esto es, a partir del caso Cantuarias Salaverry) de la teoría jurisdiccionalista con la que pretende explicar la naturaleza

jurídica del arbitraje, a partir de la consideración de la función arbitral como «jurisdicción», y que como tal, le son atribuibles los principios y derechos de la función jurisdiccional reconocidos en el artículo 139 de la Constitución; y, con ello, justificar y legitimar el control constitucional de la llamada «jurisdicción arbitral».

Afecta la sensibilidad de los arbitraristas (que —como nosotros— reconocen una naturaleza particular del arbitraje (teoría autónoma del arbitraje)),⁴⁹¹ la posición del Tribunal que, sin rubor alguno, expresa en la referida STC n.º 6167-2005-PHC/TC, que:

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución.

A lo largo del presente trabajo ya hemos expuesto críticas a la posición del Tribunal Constitucional. Lo hemos hecho en ocasión última, al comentar la referida sentencia del caso Cantuarias Salaverry; de modo que a dichos comentarios nos remitiremos.

Suponemos, en todo caso, que la permanencia de tal posición de parte del Tribunal obedece al reconocimiento expreso que el artículo 139, inciso 1 de la Constitución, efectúa del arbitraje como jurisdicción excepcional. Tal reconocimiento constituye base jurídica para que el Tribunal justifique el control constitucional sobre el arbitraje.

Así, al consistir la expedición de una sentencia una expresión de decisiones motivadas —suficientemente— con sustento jurídico; no hay necesidad para el Tribunal de efectuar mayores disquisiciones teóri-

⁴⁹¹ Ya explicada al desarrollar el punto 1.4 del capítulo 1 (sobre la *Naturaleza jurídica del arbitraje*) y la posición nuestra adoptada al respecto.

cas. De modo tal que la disposición que mejor se amolda para los fines de dichos pronunciamientos es el referido artículo 139.

Nosotros, siguiendo los propósitos académicos del presente trabajo, no tenemos más que exponer la verdadera naturaleza jurídica del arbitraje y, en función a ello, aclarar que no era ni es necesario aferrarse en la disposición del artículo 139, inciso 1 de la Constitución para reconocer al arbitraje como un mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos derivado de la autonomía de la voluntad de las partes contendientes; y, en función a dicha naturaleza, reconocer que —al igual que la función jurisdiccional— le son aplicables también los derechos y principios mínimos exigibles a todo mecanismo heterocompositivo de impartición de justicia; esto es, el derecho a la tutela procesal efectiva y/o debido proceso. Así, al arbitraje le son exigibles y aplicables tales principios no porque sea reconocido como jurisdicción de excepción, sino en tanto constituye un mecanismo (heterocompositivo de resolución de conflictos) en donde es un tercero quien debe «declarar» el derecho de otros ajeno a los suyos; tremendo poder no puede ni debe estar ajeno a la observancia y control de la aplicación de los derechos constitucionales procesales mínimos antes aludidos. El Tribunal Constitucional debe reformular la teorización de la verdadera naturaleza jurídica del arbitraje.

Consideramos también que la posición del Tribunal Constitucional parte de la errónea configuración del sistema de impartición de justicia en nuestra Constitución. Es decir, los principios y derechos plasmados en el referido artículo 139 de la Constitución, aparecen como propios de la «función jurisdiccional», cuando ello no es así, sino que muchos de dichos derechos y principios resultan —en puridad— exigibles en todo mecanismo de impartición heterocompositiva de solución de conflictos o de definición de situaciones jurídicas (proceso jurisdiccional, arbitral administrativo, corporativo privado). Así, al arbitraje le son aplicables algunos de dichos principios y derechos, no porque haya sido reconocido como una «jurisdicción», sino en tanto constituye un mecanismo

hetercompositivo de resolución de conflictos, al igual que la función jurisdiccional.

b) El reajuste del control constitucional del arbitraje al Código Procesal Constitucional y a la Ley de Arbitraje: Del amparo alternativo al amparo subsidiario o residual

Lo relevante de la sentencia del caso Minera María Julia radica en la intención del Tribunal Constitucional de poner orden en las cosas respecto al ejercicio debido del control constitucional del arbitraje, que hasta antes de dicho precedente, vino efectuándose, particularmente, en los casos Codisa e Ivesur, los cuales tuvieron efectos nocivos al debilitar el control constitucional del arbitraje, el cual debía efectuarse no solo en observancia del principio rector del arbitraje: su autonomía y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales; sino también en observancia del nuevo modelo de amparo que traía el Código Procesal Constitucional (vigente desde el 01 de diciembre del 2004) y las disposiciones de la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071 (vigente desde el 1 de septiembre de 2008).

El cambio radical que, efectivamente, trajo consigo el Código Procesal Constitucional está representado por el paso de un amparo alternativo a uno de carácter subsidiario o residual, dado que antes del Código, el acceso al recurso de amparo era alternativo u optativo. El artículo 6 de la Ley n.º 23506 así lo disponía, al precibir que no procedía el amparo cuando el agraviado optaba por recurrir a la vía judicial ordinaria.

Tal como señala Carlos Mesía Ramírez:

La jurisprudencia entendió que el verbo «optar» dejaba a libre elección del agraviado interponer el proceso constitucional u otro proceso para la tutela de su derecho. Pero esta interpretación de los procesos constitucionales como alternativos y no excepcionales trajo una serie de anomalías que pusieron en cuestionamiento las bondades de los procesos constitucionales, es-

pecialmente del amparo: a) en primer lugar que la naturaleza y racionalidad propia de los procesos constitucionales quedaba librada a la discrecionalidad del demandante; b) esa interpretación facilitó el uso a veces desproporcionado de los procesos constitucionales para la discusión de procesos que no guardaban relación con un derecho constitucional directamente protegido, sino de aspectos secundarios o de alcance legal.⁴⁹²

Este nuevo modelo —a decir de Luis Castillo-Córdova— significa que

[n]o podrá acudir al amparo para la defensa de cualquier derecho constitucional, si esa misma defensa puede lograrse a través de algún proceso en la vía judicial ordinaria. Al amparo sólo se podrá acudir residualmente, cuando la defensa del derecho constitucional no ha sido conseguida a través de otros medios judiciales. En este contexto, hablar de residualidad en referencia al amparo, significará hablar de excepcionalidad. La excepcionalidad, por otra parte, se opone a la alternatividad, que predicada del amparo significa que el quejoso tendrá siempre la libertad de decidir acudir al proceso constitucional de amparo o acudir a la vía judicial ordinaria en defensa de su derecho constitucional.⁴⁹³

La residualidad del amparo, fue plasmado en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que:

No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.

⁴⁹² MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 119.

⁴⁹³ CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. *El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser*. Piura: Repositorio Institucional Pirhua-Universidad de Piura, diciembre 2005.

Tal como lo señala el propio Tribunal Constitucional en el precedente vinculante en comentario:

Este cambio supuso la conversión del amparo en un instrumento procesal que, habiéndose concebido en sus inicios como un mecanismo indiscutiblemente amplio y flexible en sus alcances, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional sólo podía y debía ser usado, en casos de extrema urgencia o cuando las necesidades de tutela normalmente dispensables en la vía judicial ordinaria no fueran suficientes para defender o tutelar los derechos constitucionales reclamados. Es ése el sentido del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal en materia constitucional. (Fundamento n.º 15).

La implantación del modelo residual o subsidiario del amparo, importa el reconocimiento de vías procedimentales paralelas, específicas, pero igualmente satisfactorias, para la tutela urgente de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. De modo tal, con el modelo residual o subsidiario del amparo, los procesos judiciales ordinarios —en tanto sean específicamente idóneas; es decir, igualmente satisfactorias— devienen en una vía perfectamente idónea para la tutela directa y efectiva de los derechos fundamentales; en tanto que el proceso de amparo se constituye como una vía excepcional o extraordinario en la tutela de derechos fundamentales, reservado para casos de «extrema urgencia» o para aquellos casos en los que el derecho fundamental vulnerado no puede ser tutelado por ausencia o deficiencia de la vía judicial ordinaria.

Este redimensionamiento del carácter residual o subsidiario del amparo, representa dos aspectos muy importantes, y para el amparo arbitral en particular; a saber:

- i) Se deja de lado muchas situaciones fácticas o jurídicas que para la procedencia del amparo, no constituyen en puridad vías previas (el artículo 45 del Código dispone que: «El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de

duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo)».

Concretamente, para el caso del amparo contra el laudo arbitral, antes del precedente vinculante *Minera María Julia*, se consideraba al «recurso de anulación de laudo» (y al «recurso de apelación» en sede arbitral, según la Ley General de Arbitraje derogada), como una vía previa a la que, necesariamente, debía recurrirse, previamente, antes de acceder al proceso de amparo. Lo relevante del precedente vinculante en comento es el abandono total del recurso de anulación de laudo como vía previa; y, la ratificación de este proceso como una vía específica e igualmente satisfactoria para el control constitucional del arbitraje.

Y, decimos «ratificación» por cuanto el «reconocimiento» de tal vía como idónea para la tutela efectiva de los derechos fundamentales en la justicia arbitral, se encontraba ya efectuado por parte del legislador al disponer en la duodécima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071, vigente desde el 1 de septiembre de 2008) que:

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

- ii) El reconocimiento de parte del legislador y su ratificación por parte del Tribunal Constitucional, del recurso de anulación de laudo como un proceso específico e, igualmente, satisfactorio para la tutela eficaz de los derechos fundamentales, importa el «ascenso constitucional del proceso de anulación del laudo», es decir, la constitucionalización —también— del proceso, de su elevación como instrumento de tutela constitucional, lo cual resulta ser congruente con la ideología del «neoconstituciona-

lismo» y del fenómeno de «constitucionalización de los derechos» en el Estado constitucional.

El reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y su irradiación a todo el sistema jurídico importa que el fenómeno de constitucionalización de los derechos comprende no sólo a los derechos en sí, sino que irradia, a su vez, al instrumento con que se hace efectivo los derechos: el «proceso». En puridad, la constitucionalización «de los derechos» en el Estado constitucional se impregna a toda norma, institución, categoría, concepto y toda forma de expresión y pensamiento del fenómeno jurídico.

El proceso ordinario no escapa a ello en tanto «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1 de la Constitución), se hace imperativo para todo juez y a través del proceso a su cargo —proceso ordinario—, la tutela de los derechos constitucionales que se fundan en la dignidad de la persona humana, cuando en el conocimiento y resolución de casos concretos tengan oportunidad de ventilar, respecto a situaciones jurídico-constitucionales; y, con mayor razón si el legislador le otorga tal prerrogativa.

Ello se funda, a su vez, a que conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución:

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Y, particularmente,

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior (segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución).

De este modo, la justicia constitucional no es exclusiva de los órganos especializados en lo constitucional, ni del Tribunal Constitucional, sino de todo juez que, en el cumplimiento de sus funciones conforme a sus competencias, tiene oportunidad de resolver casos y en las que estén en juego derechos y situaciones jurídico-constitucionales.

Mas el ascenso del proceso ordinario como instrumento de tutela de los derechos fundamentales no significa tan sólo la potestad que los jueces (ordinarios) tienen para, en un caso concreto, preferir la Constitución a cualquier otra norma que se le oponga; sino en asignar al proceso ordinario como instrumento de tutela directa y efectiva de los derechos fundamentales, como objeto (pretensión) mismo de tal proceso; para cuyos propósitos el legislador debe diseñar y dotar a tales procesos de estructura idónea (célere y eficaz), a fin de que en los casos concretos se constituya como vía específica e igualmente satisfactoria al proceso de amparo.

La determinación del proceso ordinario como uno específico e igualmente satisfactorio, y la asignación de competencia al juez ordinario para la tutela específica de los derechos fundamentales, es —en principio— potestad del legislador; éste es quien determina qué procesos o vías procedimentales tienen tal calidad. En materia de arbitraje —por ejemplo— la Ley de Arbitraje vigente en su duodécima disposición complementaria, expresa y claramente reconoce al recurso de anulación de

laudo como «una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo».

Mas pueda que el legislador no la haya reconocido expresamente; y, sin embargo, el proceso o la vía procedimental esté allí ya diseñada y operativa; supuesto en el cual corresponde al juez requerido por el justiciable (juez competente) identificar tal proceso ordinario como la vía específica e igualmente satisfactorio al proceso de amparo y, por ende, conducir o reconducir la demanda a dicho proceso para los fines de la tutela de los derechos fundamentales que es pretendido por el justiciable. Esto último debe quedar claro, pues el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional dispone que:

No proceden los procesos constitucionales cuando:

«[...]»

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus». Es decir, basta la existencia de tal proceso o vía específica e igualmente satisfactoria, no siendo necesario la determinación del legislador de la vía procedimental como tal. Los jueces —en tanto director del proceso— tienen la potestad-deber de identificar la situación jurídica que requiera tutela constitucional directa y también de identificar la existencia del proceso y/o la vía procedimental específica e idónea para la satisfacción de tales derechos, teniendo en cuenta el carácter residual del proceso de amparo (artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).

Tal poder de los jueces se extiende, a su vez, para evaluar la constitucionalidad del proceso o vía específica igualmente satisfactoria que el legislador cataloga como tal, y declarar —de

ser el caso y vía control difuso— su inconstitucionalidad para el caso concreto.

Así, se puede concluir que el legislador es el que diseña el proceso ordinario y/o las vías procedimentales específicas e igualmente satisfactorias; y, las puede declarar expresamente como tal. Y, es al juez competente que, en el conocimiento de un caso concreto, le corresponde evaluar la constitucionalidad de tal declaración del legislador, de ser el caso; y, también de identificar la existencia de la vía procedimental específica e igualmente satisfactoria para la tutela constitucional directa de los derechos fundamentales; y, por ende, de conducir o reconducir la demanda hacia ella.

Problema aparte constituye la determinación de las características o cualidades que debe tener tal vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales, pues la sentencia en comento no soluciona tal problema. Tal vacío o deficiencia del precedente vinculante en comento, es subsanada mediante un posterior precedente vinculante, esto es, el del caso Elgo Ríos (STC n.º 02383-2013-PA/TC de fecha 12 de mayo de 2015); como lo veremos en el siguiente punto a tratar.

Antes de pasar a otro punto del análisis del precedente vinculante en comento, no podemos dejar pasar por alto, uno de los extremos de la aludida duodécima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071, vigente desde el 1 de septiembre de 2008), el cual dispone que:

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Al respecto, cabe precisar que esta disposición debe ser adecuadamente interpretada, en congruencia con la autonomía del arbitraje y la no interferencia de los órganos jurisdiccionales.

En virtud del arbitraje y su autonomía y la consiguiente no interferencia de los órganos jurisdiccionales, la persona, al renunciar a la justicia pública, lo que hace es renunciar también a la «unidad en la interpretación y aplicación del derecho», que en la función jurisdiccional se logra a través del sistema recursivo y la recurso de casación fundamentalmente (justicia única y predecible), y a través también de las interpretaciones que el Tribunal Constitucional establece a través de su jurisprudencia obligatoria.

Es decir, en su contenido sustancial o de fondo (así se traten de derechos constitucionales y de precedentes vinculantes relativos a derechos de esta naturaleza), lo que resuelva el árbitro o tribunal arbitral no puede ser materia de control jurisdiccional, pues ello pulverizaría el contenido constitucionalmente protegido de la autonomía arbitral; mas, a lo que no puede renunciar y sobre los que el Estado no puede dejar de ejercer control (jurisdiccional), en tanto sea invocado por la parte interesada, es en lo relativo a la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales que sirven de instrumento para la existencia de un proceso racionalmente justo y equitativo (derechos fundamentales procesales). En otras palabras, sea cual fuere la decisión del árbitro o tribunal arbitral, tal decisión será constitucionalmente válida si es que la misma ha sido producto de un proceso justo y equitativo (debido proceso), de la observancia de los derechos constitucionales procesales y de los precedentes vinculantes relativos a derechos constitucionales de tal naturaleza, y no a «cualquier derecho constitucional».

Esta posición resulta congruente no sólo con la autonomía del arbitraje, sino con la propia naturaleza disponible de los dere-

chos y/o situaciones jurídicas que son materia de sometimiento de arbitraje. Así como las partes son libres de disponer de sus derechos que tengan tal naturaleza (en virtud a ello sus titulares pueden transferir, donar, regalar, transigir, etc.), también —se entiende— que pueden válida y legítimamente someter la determinación y declaración de sus derechos a un árbitro (o tribunal arbitral) y admitir lo que éstos decidan para bien o para mal, en relación a sus intereses; y el Estado no puede intervenir sobre tal disposición de derechos e intereses propios de las partes.

Pretender que el Estado se inmiscuya en esta potestad otorgada por las partes y pretenda «enmendar» error de interpretación o aplicación del derecho por los árbitros, importaría violar el derecho a la libertad contractual y de contratación de las personas, base fundamental en un Estado democrático y social de derecho.

Finalmente, como consecuencia del reconocimiento del recurso de anulación de laudo como vía específica, igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales en el proceso arbitral, el Tribunal Constitucional ha establecido en el precedente vinculante en comento, determinadas reglas para la determinación de la improcedencia y procedencia del proceso de amparo arbitral; las mismas que no resultan necesario transcribirla y que no merecen mayor comentario, pues las mismas derivan de la residualidad del amparo.

4.6. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el caso Elgo Ríos (2013). Tercer precedente vinculante que complementa el control constitucional del arbitraje

La falta de determinación de los criterios para la identificación y/o determinación de un proceso ordinario como vía específica, igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales; así como el no pronunciamiento de parte del legislador en la determinación de tal

cuestión trajo consigo el establecimiento de parte del Tribunal Constitucional de un nuevo precedente vinculante: el del caso Elgo Ríos (STC n.º 02383-2013-PA/TC de fecha 12 de mayo de 2015), el cual complementa estableciendo criterios para tales efectos, en los siguientes términos:

§3.1.4. Criterios para determinar cuándo existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria

[...]

7. Del inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional se desprende que procede acudir a la vía especial y urgente del amparo para solicitar la protección de derechos fundamentales si no existe una vía ordinaria (específica) que sirva de igual o mejor modo para la tutela de los mismos derechos: es decir, si no existe una «vía igualmente satisfactoria».
8. El examen de esta causal de improcedencia no supone verificar, simplemente, si existen «otras vías judiciales» mediante las cuales también se tutelen derechos onstitucionales, sino que debe analizarse si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la protección requerida.
9. Esta afirmación es, particularmente, importante en nuestro medio, donde todos y cada uno de los jueces tienen el deber de asegurar la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales, constituyendo el primer escalón de tutela.
10. En este orden de ideas, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Resolución Administrativa de la Sala Plena n.º 252-2007-P-PJ, de fecha 30 de octubre de 2007, acordó «[r]ecomendar a los distintos órganos jurisdiccionales del territorio de la República en cuyo conocimiento se ponga una demanda de amparo, tener en cuenta los siguientes criterios establecidos a nivel doctrinario y jurisprudencia para la determinación de si se está ante una vía “Igualmente satisfactoria”:
 - Irreparabilidad del daño al derecho invocado si se recurre a los medios ordinarios de protección;

- Probanza que no existen vías ordinarias idóneas para tutelar un derecho (acreditando para ello evaluaciones sobre la rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado);
 - Análisis del trámite previsto a cada medio procesal, así como sobre la prontitud de esa tramitación; y
 - Evaluación acerca de la inminencia del peligro sobre el derecho invocado, la adopción de medidas o procuración de los medios para evitar la irreversibilidad del daño alegado o acerca de la anticipación con la cual toma conocimiento de una causa».
11. Estando, entonces, a la insuficiencia y falta de claridad de las reglas orientadas a determinar cuándo una vía ordinaria resulta igualmente satisfactoria para la protección de un derecho fundamental, corresponde a este órgano colegiado precisar este aspecto con detalle, estableciendo a estos efectos un precedente constitucional que estandarice el análisis sobre la pertinencia de la vía constitucional que exige el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.
 12. Sistematizando la jurisprudencia vigente de este tribunal, puede afirmarse que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada “igualmente satisfactoria”: una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía específica idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).
 13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea)’, o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea). Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.
 14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si:

(1) transitada no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Situación también predicable cuando existe un proceso ordinario considerado como “vía igualmente satisfactoria” desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será «igualmente satisfactoria» a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:
 - Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
 - Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
 - Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
 - Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revela que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en alguna otra causal de improcedencia).

16. Esta evaluación debe ser realizada por el juez o por las partes respecto de las circunstancias y derechos involucrados en relación con los procesos ordinarios. Es decir, los operadores deben determinar si la vía es idónea (en cuanto permite la tutela del derecho, desde el punto de vista estructural, y es susceptible de brindar adecuada protección) y, simultáneamente, si resulta igualmente satisfactoria (en tanto no exista riesgo inminente de que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de una tutela de urgencia).

17. Las reglas para determinar cuándo una vía ordinaria alterna resulta igualmente satisfactoria, son las establecidas en esta sentencia, y conforme a ellas se interpretará el inciso 2 del artículo 5, resultando aplicable a todos los procesos de amparo, independientemente de su materia.
18. Ahora bien, debe aclararse que en todos aquellos procesos de amparo a los que resulte aplicables las reglas aquí señaladas, hasta la fecha de publicación de la presente sentencia, deberá habilitarse el respectivo plazo para que en la vía ordinaria el justiciable pueda demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos.
19. De igual manera, esta habilitación de plazo debe ser de aplicación a todos aquellos once procesos de amparo en los que antes de la fecha de publicación del caso de autos, se hubieran aplicado las nuevas reglas de determinación sobre cuándo una vía ordinaria resulta igualmente satisfactoria, las mismas que, si bien se incluyen en los fundamentos precedentes, también han sido utilizadas, idénticamente, en otros procesos ya publicados como aquellos autos de los expedientes n.º 02677-2013-PA/TC (publicado el 26 de agosto de 2014), n.º 03070-2013-PA/TC (publicada el 11 de septiembre de 2014), entre otros.
20. En dichos casos, así como en todos los cuales ya se hubiesen aplicado las nuevas reglas del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional (perspectiva objetiva: estructura idónea y tutela idónea, y perspectiva subjetiva: urgencia como amenaza de irreparabilidad y urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño), y en los que no se ha realizado expresamente dicha habilitación de plazo que si establece en el precedente de autos, por razones de equidad (al existir supuestos idénticos), debe aplicársele la misma consecuencia jurídica (habilitación del plazo para que en la vía ordinaria el respectivo justiciable pueda demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos), atribuida por este Tribunal Constitucional a los casos mencionados en el fundamento n.º 18 de la presente sentencia.

Comentarios:

Como bien sintetiza el profesor Luis Castilllo Córdoba, las reglas contenidas en el precedente vinculante en comento para determinar cuándo un proceso ordinario constituye una vía igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales y, por ende, constituye causal de improcedencia del amparo conforme al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, son las siguientes:

N12: Está ordenado acudir a un análisis objetivo y a uno subjetivo para determinar si una vía ordinaria es una vía igualmente satisfactoria que el amparo.

N13: Está ordenado, desde una perspectiva objetiva, considerar a una vía ordinaria como igualmente satisfactoria cuando el procedimiento es uno célere y eficaz (estructura idónea), desde el cual puede obtenerse la salvación efectiva del derecho fundamental agredido (tutela idónea).

N14: Está ordenado, desde una perspectiva subjetiva, considerar a una vía ordinaria como igualmente satisfactoria si transitarla no pone en grave riesgo la salvación del derecho afectado (urgencia como amenaza de irreparabilidad); y si se evidencia que no es necesaria una tutela urgente (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

N15: Está ordenado reconocer que un proceso ordinario es vía igualmente satisfactoria que el amparo, cuando copulativamente se cumple en el caso concreto que: a) El proceso tiene una estructura idónea; b) La resolución que se fuera a emitir en el proceso brinde tutela adecuada; c) El tránsito del proceso no produzca riesgo de irreparabilidad de la agresión; y d) En el caso no exista necesidad de tutela urgente.

N17: Está ordenado interpretar el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional según las reglas jurídicas establecidas en

esta sentencia, las cuales son de aplicación a todos los procesos de amparo independientemente de su materia.⁴⁹⁴

El propio Castillo Córdova explica cada una de las variables del proceso ordinario como vía igualmente satisfactoria, siguiendo siempre los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional:

5. Estructura idónea
[...] consiste en que un proceso ordinario podrá ser tenido como vía igualmente satisfactoria que el amparo, solamente si representa una «vía célere y eficaz» [...] que la salvación [del derecho fundamental agredido] se consiga de modo definitivo en un tiempo razonablemente igual al que se conseguiría a través del amparo constitucional. Naturalmente que no se trata de una exactitud matemática, sino de una igualdad jurídica y por ello, de una igualdad razonable [...].
6. La tutela idónea
Este segundo elemento objetivo exige que nos preguntemos si la protección que brinda el proceso ordinario célere permite también regresar las cosas al estado anterior de cometida la agresión. Si no lo permitiese, no sería posible reconocer que brinda la misma tutela que la que brinda el amparo. Nuevamente, hay que recordar que estamos ante una igualdad no matemática sino más bien jurídica. [...]
1. Urgencia como amenaza de irreparabilidad
[...] un proceso ordinario configurará una vía igualmente satisfactoria si es que al transitarlo no se pone en riesgo grave la posibilidad de conseguir la salvación plena y efectiva del contenido constitucional del derecho fundamental agredido [...].
2. Urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño
El TC añade un segundo elemento según el cual un proceso ordinario, incluso sumario y efectivo, no podrá

⁴⁹⁴ CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. «Los criterios objetivos y subjetivos para la determinación de la vía igualmente satisfactoria». En *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, septiembre 2015, n.º 93, pp. 40-41.

ser tenido como vía igualmente satisfactoria si es que es posible justificar la necesidad de una protección urgente, es decir, de una protección más rápida y efectiva que la que podría brindar el tránsito del proceso ordinario [...].⁴⁹⁵

Y, en lo demás, se verifica que el recurso de anulación de laudo constituye, efectivamente, una vía razonablemente igual de satisfactoria que el amparo arbitral, al contener una estructura sumaria, la cual, básicamente, está dada por la interposición de la demanda de anulación, su admisión, el plazo de veinte días para su contestación, el ofrecimiento y admisión únicamente de prueba documentaria, el señalamiento de la vista de la causa y la sentencia correspondiente. Lo cual asegura la obtención de la tutela de modo célere y eficaz.

Probablemente, lo que ponga en duda respecto a la idoneidad del referido proceso específico, es la taxatividad de las causales de anulación previstas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje; sin embargo, en estas causales se encuentran contenidos los supuestos de posibles vulneraciones a los derechos procesales fundamentales (debido proceso y/o tutela procesal) aplicables al proceso arbitral.

⁴⁹⁵ CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. «Los criterios objetivos y subjetivos para la determinación de la vía igualmente satisfactoria». En *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, septiembre 2015, n.º 93, pp. 41-44.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABANTO TORRES, Jaime David. «El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2006, n.º 3.
2. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Función jurisdiccional*. Programa de Formación de Aspirantes. Lima, 2000. Ver versión electrónica en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/funcion_jurisdiccional.pdf.
3. AGUILAR, Fernando. «La autonomía del acuerdo arbitral». En *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
4. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
5. ALMAGRO NOSETE, José. *Constitución y proceso*. Barcelona: Librería Bosch, 1984.
6. ALMAGRO NOSETE, J. «La nueva ley española de arbitraje». En *Estudios de derecho procesal en honor de Víctor Fairen Guillen*. Valencia, 1990.
7. ALSINA, Hugo. *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1957 tomo II.

8. ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores. «Biblioteca de Arbitraje», 2011, vol. 14, primera parte.
9. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal, garantía de la libertad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, tomo I.
10. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/f., primera parte.
11. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1999, vol. 1.
12. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 2000, vol. II.
13. ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y Carolina CANALES CAMA. «El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de la jurisdicción arbitral». En *Arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2010, vol. 13.
14. ALWIN AZOCAR, Patricio. *El juicio arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1958.
15. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del derecho*. Lima: Eddili, 10.^a edición, s/f.
16. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*. Lima: Eddili, s/f., 8.^a edición.
17. AMPRIMO PLA, Natale. «Arbitraje institucional o arbitraje *ad-hoc*». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, Edit. Magna, 2009, n.º 9.

18. ARISTÓTELES. *La Retórica*. L3, l3, l3.
19. ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. «De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación». En *Thémis*. Revista de derecho. Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007.
20. BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra Editores, 2010.
21. BAEZ SILVA, Carlos. «La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, D.F., 2001, n.º 105.
22. BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006.
23. BARONA VILAR, Silvia. «Arbitraje en el modelo de justicia español del siglo xxi». En *Derecho arbitral*. Lima: Adrus, 2013.
24. BAVARESCO, Agemir. «La crisis del Estado-nación y la teoría de la soberanía en Hegel». Ver versión electrónica en: <http://www.raco.cat/index.php/RecercaPensamentAnalisi/article/viewFile/106716/153085>.
25. BENETTI SALGAR, Julio. *El arbitraje en equidad, «temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación, la negociación»*. Bogotá: Editorial de la Universidad del Rosario, 2007.
26. BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada, s/e.

27. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos y Marcial RUBIO CORREA. *Derecho constitucional general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, 2.^a edición.
28. BLUME FORTINI, Ernesto. «El control de la constitucionalidad en el Perú (Antecedentes, desarrollo y perspectiva)». En *Derecho procesal constitucional*. Castañeda Otsu, Susana (compiladora). Lima: Jurista Editores, 2004 2.^a edición.
29. BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. México D.F.: Imprenta Universitaria, 1963.
30. BRISEÑO SIERRA, Humberto. «Arbitraje nacional e internacional». En *Ponencias Generales del II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y XII Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Rosario, 1983.
31. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores, 2001.
32. BURGOA O., Ignacio. *El juicio de amparo*. México D.F.: Porrúa, 1988, 25.^a edición.
33. CABRERA LEONARDINI. «El Estado constitucional de derecho y la vigencia de los valores en el ordenamiento jurídico». Ver en: <http://fderecho.wordpress.com/2009/10/23/el-estdo-constitucional-de-derecho-y-la-vigencia-de-los-valores-en-el-ordenamiento-juridico/>.
34. CAIRO ROLDÁN, Omar. *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Lima: Palestra Editores, 2004.
35. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L. & Vilela Editor, 2000.

36. CAIVANO, Roque J. «Retos del arbitraje frente a la administración de justicia». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores; Lima, 2007, vol. 5.
37. CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.
38. CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2. Lima: Grijley, 2006.
39. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1943, tomo I.
40. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: Un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Edit. Magna, 2008, n.º 7.
41. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2005, n.º 1.
42. CARBONELL, Miguel. «Nuevos tiempos para el constitucionalismo». En *Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, Miguel (ed.). Madrid: Trotta, 2003.
43. CARBONELL, Miguel. «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis». En *El canon neoconstitucional*. Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo (eds.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

44. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. «El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2005.
45. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Edit. UTEHA, , 1944, tomo I.
46. CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José María Bosch, 1998.
47. CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. «El amparo residual en el Perú. una cuestión de ser o no ser». Piura: Repositorio Institucional Piura-Universidad de Piura; diciembre 2005.
48. CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. «Los criterios objetivos y subjetivos para la determinación de la vía igualmente satisfactoria». En *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, septiembre 2015, n.º 93.
49. CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje en las distintas áreas del derecho*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vols. 3 y 4, primera y segunda parte.
50. CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Contenido y forma del convenio arbitral». En García Ascencios. *Derecho arbitral*. Lima: Adrus, 2013.
51. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 1.

52. CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA, “*Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?*” *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, agosto 2008, n.º 177.
53. CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 7.
54. CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Un cuerpo extraño y peligroso en el arbitraje: comentarios a la sentencia recaída en el expediente n.º 5311-2007-PA/TC». Ver en: https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/144_Comentarios_a_la_sentencia_5311_2007.pdf.
55. CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE, Rita SABROSO MINAYA. *Comentarios a la ley de arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-ECB Ediciones-Thomson Reuters, 2014, primera parte, vol. 25.
56. CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del arbitraje». En *Arbitraje y debido proceso*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2006, vol. II. Ver versión electrónica en: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen_del_arbitraje.pdf.
57. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994.
58. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: José María Bosch, 2000.
59. COLECCIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA. Lima: Editora Perú, 2006, tomos I, II y III.

60. «Constitución Política de la Monarquía Española. Cádiz 1812». México D.F.: Edic. Facsimilar, 2012. Ver en: http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/cpme_cadiz_1812.pdf.
61. Constitución de Cádiz. Ver en: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf.
62. CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Pamplona: Cuadernos Civitas-Thomson Reuters, 2010.
63. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado*. Ver en: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf>.
64. COUTURE, Eduardo J. *Procedimiento: primer curso*. Montevideo: Edit. Medina, s/f., vol. I.
65. CREMADES, Bernardo M. «Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: El convenio arbitral». En *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
66. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996, n.º 12.
67. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. «Arbitraje institucional o arbitraje *ad-hoc*. ¿He ahí el dilema?». En *Revista Peruana de Arbitraje* Edit. Jurídica Grijley, Lima, 2005, n.º 1.

68. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá: Temis, 2009, 2.^a edición.
69. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. «Derecho y deber de jurisdicción». En *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*. Madrid, 1972, n.º 4; p. 739.
70. DIARIOS DE DEBATES DE LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993: <http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1979.htm>. (Diario de Debates de la Constitución de 1979). <http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>. (Diario de Debates de la Constitución de 1993).
71. DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de derecho civil*. Editorial TECNOS, vols. I y II.
72. DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoléon*. Traducción de Carlos G. Posada. Madrid, 2.^a edición. Ver en: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/32.pdf>.
73. ENGELS, Federico. *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. Buenos Aires: Edit. Claridad, s/f.
74. ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Edit. Adrus, 2011, 4.^a edición.
75. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Edit. Tecnos, 2003.
76. FERNÁNDEZ-SESSAREGO, Carlos. *El derecho a imaginar el derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*. Lima: Idemsa, 2011.

77. FERRAJOLI, Luigi. «Pasado y presente del Estado de derecho». En *Neoconstitucionalismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Edit. Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.
78. FERRERO, Raúl. *Ciencia política*. Lima: Edit. Gráfica de Lino's, 1984, 7.^a edición (póstuma).
79. FLORES CRUZ, Jaime. «Interpretación constitucional y control sobre el órgano de control constitucional». Ver versión electrónica en: http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios_002.pdf.
80. FLORES NANO, Lourdes y RAFFO VELÁSQUEZ MELÉNDEZ. «El amparo de terceros contra el arbitraje. Corrección de algunos males usos del arbitraje». *Gaceta Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo 71, noviembre 2013. Ver versión electrónica en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Lourdes%20Flores%20y%20Raffo%20Velasquez%20-%20GC%2071.pdf>.
81. GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Barcelona: Editorial Bosch, 2004.
82. GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2003.
83. GARCÍA ASCENCIO, Frank. *Amparo versus Arbitraje*. Edit. ADRUS, Lima, 2012.
84. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Las Constituciones del Perú». Segunda edición revisada, corregida y aumentada. Versión

on-line en: <http://www.garciabelaunde.com/biblioteca/Las-ConstitucionesdelPeru.pdf>.

85. GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Ver el comentario en «Comentarios a la ley peruana de arbitraje». Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (coords.). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
86. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. «La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo». En *Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell (ed.). Madrid, Edit. Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, 2003.
87. GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. *El control de constitucionalidad de las leyes. Recurso y cuestión de inconstitucionalidad*. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 352.
88. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Arequipa: Adrus, 2010, 3.^a edición.
89. GASCÓN ABELLÁN, Marina. «Justicia constitucional: Invasión del ámbito político». En *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Ferrer MacGregor, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.). *Teoría general del derecho procesal constitucional*. Lima: Grijley, 2009, tomo I.
90. GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Editorial Civitas, 1981.
91. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Porrúa, 2004, 1.^a edición.

92. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora». Ver versión electrónica en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.
93. GONZÁLEZ OJEDA, Magdiel. *Derecho constitucional general*. Lima: Edit. Universitaria de la Universidad Ricardo Palma, 2013.
94. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 2001, 3.^a edición.
95. GOZAÍNI, Osvaldo A. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley, 2009, tomo I.
96. GUASP, Jaime. *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Edit. Bosch, 1956.
97. GUASTINI, Riccardo. *Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, Miguel (ed). Madrid: Edit. Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.
98. GUASTINI, Riccardo. «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano». Ver en *Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, Miguel (ed.). Madrid: Edit. Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.
99. HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, 1980.
100. HERRERA PAULSEN, Darío. *Curso de derecho constitucional. Teoría general*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1970.

101. HIGHTON, Elena I. «Sistemas concentrado y difuso del control de constitucionalidad». Ver en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>.
102. JUÁREZ JURADO, Eder. «La triple dimensión conceptual de la función jurisdiccional». Publicado en la *Revista Jurídica del Perú-Normas Legales*. Lima, octubre 2012, n.º 140.
103. KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
104. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. Lima: Palestra Editores, 2008.
105. LANDA ARROYO, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 21.
106. LANDA ARROYO, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2010.
107. LARREA, Ana María. «Alcance y límites del arbitraje en equidad». Ver versión electrónica en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29_21a42_alcanceylimites.pdf.
108. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, 2.ª edición.
109. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970, 2.ª edición.

110. LORCA NAVARRETE, José María. *La garantía de las actuaciones arbitrales y su jurisprudencia. Principios informadores y prueba de las actuaciones arbitrales*. Madrid: Aecid-Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010.
111. LORCA NAVARRETE, Antonio. «La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia». San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010.
112. LEGAZ Y LECAMBRA, Luis. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1943.
113. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Introducción al derecho de arbitraje*. Lima: Semper Veritas Ediciones-Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2006.
114. MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Reflexión sobre el Derecho de Arbitraje peruano». En *Página del Centro de Arbitraje Amcham Perú*, agosto 2003, n.º 3. Ver versión *on-line* en: <http://www.amcham.org.pe/arbitraj/PUBLICACIONES/LAUDO/2003/numero3.htm>.
115. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «Breves alcances sobre el derecho de arbitraje peruano». En *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, jul-dic 2001, año LXIX n.º 210.
116. MEJÍA, Henry Alexander. «Evolución histórica del derecho constitucional». Ver versión electrónica en: <http://www.henryamejia.site11.com/docs/EHC/EVOLUCION%20HISTORICA%20DEL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20para%20la%20UGF.pdf>.
117. MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*. Sevilla, 1981.

118. MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz*. Ver en: www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf.
119. MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*. Cano Bueso, J. (ed.). Sevilla: Parlamento de Andalucía-Tecnos, 1989.
120. MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006. tomos i y ii, 3.^a edición,
121. MESIA RAMÍREZ, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
122. MONROY CABRA, Marco Gerardo. *El arbitraje comercial*. Bogotá: Temis, 1982.
123. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría general del proceso*. Lima. Palestra Editores, 2007.
124. MONROY GÁLVEZ, Juan: «Conceptos elementales de proceso civil». En *Código Procesal Civil*. Ticona Postigo, Víctor. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín, 1994.
125. MONROY PALACIOS, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Monroy Palacios, Juan José (dir.), Lima: Comunitas, 2008, n.º 10.
126. MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, tomo I.
127. MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 1995, n.º 112.1 [1748].

128. MONTOYA ALBERTI, Ulises. «Historia del arbitraje». Ver versión electrónica en: <http://www.teleley.com/revistaperuana/1ulises-56.pdf>.
129. MORENO CATENA, Víctor y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, , España, 2008, 3.^a edición.
130. MULLER STADT, George. *Historia del derecho internacional público*. Traducción del alemán por Francisco F. Jardón Santa Eulalia. Madrid: Edit. Aguilar, 1961.
131. OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2006.
132. PALOMINO MANCHEGO, José y Mario CHÁVEZ RABANAL. «El control constitucional de la jurisdicción arbitral». En *Arbitraje y Constitución*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2012, vol. 21.
133. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, 10.^a edición.
134. PÉREZ TREMP, Pablo. «La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español». En *El derecho procesal constitucional peruano*. Estudios en homenaje a Domingo García Belaúnde. Palomino Manchego, José (coord.). Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2007, 2.^a edición, tomo I.
135. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Segunda Edición, Bosch Editor, Barcelona, 2012.

136. PINEDO AUBIAN, Martín. «El principio de la autonomía de la voluntad y la conciliación extrajudicial». Ver en: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/32.pdf>.
137. PLATÓN. *Las Leyes*. México D.F.: Porrúa, 1979.
138. POZZOLO, Susanna. «Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo». En *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*. Pozzolo, Susanna (ed.). Lima: Palestra Editores, 2011.
139. POZZOLO, Susanna. «Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico». Lima: Palestra Editores, 2011.
140. PRIETO SANCHIS, Luis. «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». *Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, Miguel. Madrid: Edit. Trotta, 2003.
141. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Edit. Trotta, 2013.
142. PRIORI POSADA, Giovanni F. «El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el precedente vinculante n.º 142-2011-PA/TC». *Revista de la PUCP-Arbitraje*, n.º 27. Ver en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/9368/9783>.
143. PUGLIANINI GUERRA, Luis. «Arbitraje. La relación partes-árbitro». En «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, vol. 19, Palestra Editores, 2012.
144. PUGLIANINI GUERRA, Luis. *La relación partes-árbitro*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2012, vol. 19.

145. QUINTERO, Beatriz. *Teoría general del proceso*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992, tomo I.
146. QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la Administración de Justicia». En *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco.
147. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La naturaleza procesal del arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.
148. ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA. *Revista del Foro*. Dedicado al Bicentenario de Cádiz 1812-2012. Lima, 2012, edición internacional, n.ºs 97-98.
149. RIVERA SANTIVÁÑEZ, José. «Supremacía constitucional y sistema de control de constitucionalidad». Véase en: *Derecho procesal constitucional*. Castañeda Otsu, Susana (coord.). Lima: Jurista Editores, 2004, 2.^a edición, tomo I.
150. ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992.
151. ROSATTI, Horacio D. *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1984.
152. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tomo V.
153. SANGUINO SÁNCHEZ, José María. «Garantía del debido proceso». En *Debido proceso*. Arazi, Roland (comp.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

154. SOTO COAGUILA, Carlos A. y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011, tomo I.
155. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, n.º 177.
156. STERN VELÁSQUEZ, Myriam. «El arbitraje de inversión». Ver en: <http://www.coladic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2009/07/stern-arbitraje-inversion.pdf>.
157. TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. Décimo Cuarta Edición ampliada y actualizada, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
158. VADO GRAJALES, Luis Octavio. «Medios Alternativos de Resolución de Conflictos». Versión electrónica en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf>.
159. VARGAS, Fernando. «Naturaleza jurídica del arbitramento civil». Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964.
160. VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. «La Constitución del Perú y la Teoría Jurisdiccional del Arbitraje». En *Arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 8.
161. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccional del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 3/, Edit. Jurídica Griley, Lima, 2006.

162. VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos y Rodrigo Andrés MOSCOSO VALDERRAMA. «Orígenes y panorama actual del arbitraje». Ver versión electrónica en: <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf> y <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942284>.
163. WONG ABAD, Julio Martín. «La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la Jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial». Lima: Jurista Editores, 2013.
164. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Edit. Trotta, 2008, 8.ª edición.
165. ZAPPALÁ, Francesco. «Universalismo histórico del arbitraje». Ver versión electrónica en: http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html.
166. ZÚÑIGA MARAVÍ, Rigoberto Jesús. «Borrando con el codo constitucional lo escrito por la mano legislativa: La concepción del Tribunal Constitucional acerca del arbitraje y del control del laudo arbitral vía demanda de amparo». Ver en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2011/09/27/precedente-vinculante-del-tribunal-constitucional-en-materia-de-arbitraje/>.

TEORÍA DEL ARBITRAJE Y LOS FUNDAMENTOS DE SU
CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DEL CONTROL CONSTITUCIONAL
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
AGOSTO DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ