

NUEVA LEY DE ARBITRAJE: ¿CUÁLES SON LAS MATERIAS ARBITRABLES?

*Mario Castillo Freyre**
*Ricardo Vásquez Kunze***
*Rita Sabroso Minaya****

1. INTRODUCCIÓN.— 2. MATERIA ARBITRABLE.— 2.1. LIBRE DISPOSICIÓN Y PATRIMONIALIDAD.— 2.2. CRITERIO POSITIVO Y CRITERIO NEGATIVO.— 2.3. MATERIA ARBITRABLE EN LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE, LEY N.º 26572.— 2.4. MATERIA ARBITRABLE EN LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE, DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071.—

1. INTRODUCCIÓN

Las disquisiciones teóricas sobre la naturaleza y la definición del arbitraje no tendrían sentido práctico si es que se soslayara el tema de su validez. Y el eje de ésta es, sin duda, la respuesta a la pregunta: qué arbitrar. Pues el ejercicio del sentido común nos dice que no todo es arbitrable en la medida de que si todos los conflictos suscitados o por suscitarse entre los miembros de una sociedad dada lo fuesen, estaríamos ante el impresionante espectáculo de un Estado sin función jurisdiccional alguna. Y de ser tal situación posible, lo sería solamente bajo un nuevo concepto de Estado, que hoy, se nos escapa.

De ahí que, para determinar la validez y eficacia del arbitraje como medio de solución legal de controversias en la sociedad, es necesario esclarecer qué tipo de conflictos pueden sustraerse a la jurisdicción soberana del Estado.

Y es aquí donde se manifiesta en todo su poder el papel del Estado en la institución arbitral. Pues, el arbitraje como medio de solución de controversias existe por obra y gracia del Estado. Es el Estado el que permite la sustracción de los particulares a su jurisdicción y es el Estado el que determina a través de la ley las

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

** Ricardo Vásquez Kunze, socio del Estudio Mario Castillo Freyre.

*** Rita Sabroso Minaya, Adjunta de Cátedra de los cursos de Obligaciones y Contratos Típicos I en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Alumna de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaria Arbitral en procesos Ad Hoc.

hipótesis bajo las que esa sustracción es válida, así como las hipótesis en que aquélla no lo es.

Son esas hipótesis el objeto del presente trabajo, son esos conflictos que la ley discrimina —ya sea en pro del arbitraje ya sea a favor de la jurisdicción estatal— el problema que deberemos resolver aquí. Un problema que desacertadamente la doctrina conoce como «materia arbitrable».

Y decimos desacertadamente porque, ¿qué cosa es materia arbitrable? ¿Son acaso las grandes clasificaciones que el Derecho hace sobre ciertos temas? ¿Se refiere quizás el término a las ramas del Derecho? ¿Al Derecho de Familia, al Derecho Civil, al Derecho Penal, al Derecho Administrativo o a los así llamados Derechos Humanos que de acuerdo al mandato de la ley caerían o no bajo la órbita del arbitraje? ¿Alude tal vez a que la materia del arbitraje son los conflictos o controversias? ¿Es posiblemente el objeto de un conflicto? En buena cuenta y cerrando el párrafo con la misma interrogante de su inicio, ¿qué cosa es materia arbitrable?

2. MATERIA ARBITRABLE

Puestas así las cosas, materia arbitrable no es nada que nosotros podamos aprehender clara y distintamente. Sí podemos, por el contrario, saber a ciencia cierta que quienes se deciden por un arbitraje lo hacen para solucionar por la vía extrajudicial un conflicto de intereses. Y como quiera que los conflictos justiciables se dan sobre derechos concretos y no sobre materias, clasificaciones, ramas jurídicas o algo que se le parezca —el derecho concreto de alguien es siempre lo que en todo juicio está en discusión—, son éstos, los derechos, los que dan sentido a la pregunta qué arbitrar y qué no.¹

¹ Sobre el desacertado concepto de materia arbitrable y a propósito del comentario de la antigua Ley de Arbitraje española de 1988, la profesora Silvia Gaspar dice que «[...] el termino 'materia' [...] debería interpretarse en el sentido de constituir un complejo entramado de derechos que, abstracción hecha de cada uno de ellos, se considera disponible. Pero, en sentido estricto, la posibilidad de disponer debe predicarse de cada uno de los derechos que integran la materia de que se trata». Asimismo Gaspar señala que si bien la expresión «materia» no es adecuada para indicar el objeto de la facultad de disponer, tampoco resulta apropiada para referirse al objeto de un conflicto, en la medida que las cuestiones litigiosas se presentan propiamente en relación con derechos concretos. Agrega que el erróneo término utilizado por la antigua Ley de Arbitraje española se manifiesta en su artículo 2.1.b), que establece que no pueden ser objeto de arbitraje «las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición», en la medida que resulta inverosímil que exista una materia que pueda estar unida a otra materia distinta.

Así pues, la ley permite expresa o tácitamente que se arbitre sobre determinados derechos concretos que un miembro del cuerpo social siente vulnerados. En otras palabras, la ley otorga a las personas la facultad de disponer que, en caso de un conflicto de interés jurídico, tal o cual derecho pueda ser pretendido en un juicio ordinario o en un arbitraje privado.

La conclusión lógica que de esto se sigue es que dependerá de la política legislativa de cada Estado nacional —y no de la doctrina jurídica— saber qué derechos son arbitrables en un orden jurídico determinado. Pues, aunque los derechos arbitrables son por lo general muy similares en el Derecho comparado, nada obsta para que la ley de un país pueda romper esa homogeneidad. En este caso, la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad.²

2.1. Libre disposición y patrimonialidad

Así, cabe recordar que tradicionalmente han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje; a saber: (i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y (ii) el criterio patrimonial.³

Hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En Derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia sino que está en función de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no.

Así lo ha entendido con acierto Silvia Gaspar,⁴ comentando el artículo 1 de la Ley de Arbitraje española de 1988 que establece que «mediante arbitraje, las

Lo que sí resulta lógico y posible es encontrar derechos particulares unidos a otros diferentes. GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 1998, p. 90.

² Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Aramburú Yzaga, comentando la dificultad del tema de la materia arbitrable, señalan que éste es «[...] uno de los temas de más difícil análisis, ya que [...], no existe país 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». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 189 y 190.

³ ARIAS LOZANO, David (Coord). *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 31.

personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, *en materias de su libre disposición conforme a derecho*».

Afirma Gaspar que la locución «conforme a derecho» no cabe interpretarla más que en el sentido de considerar que la determinación del concepto de disponibilidad —teniendo en cuenta su carácter variable— no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado. Es por ello que suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público, también de contenido variable e indeterminado. Por tal razón, la autora considera acertadamente que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante del ámbito material del arbitraje. Y ello no puede sino redundar negativamente en las expectativas de operatividad que pudieran depositarse en esta institución.

Por su parte, Campos Medina⁵ sostiene que si se sigue la teoría de la libre disposición, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen.

Continúa dicho autor afirmando que hay quienes sostienen que esta teoría de la libre disponibilidad tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material; mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal, en el sentido de que para que se considere que una pretensión es arbitrable, las partes deben además no tener impedimento legal para someterla a arbitraje.

En efecto, según Perales Viscosillas,⁶ la libre disponibilidad en el doble sentido mencionado significa que las partes han de tener la libre disposición en relación con la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de poder someter su disputa a arbitraje, es decir, que esta fórmula de solución de litigios no les esté vedada, como sucedería si existiese una norma concreta en la legislación mercantil que expresamente prohibiese el recurso al arbitraje. En este caso, el Estado estaría

⁴ GASPAR, Silvia. *Op. Cit.*, p. 89.

⁵ CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos» En: *Revista peruana de Arbitraje*. n.º 3, Lima: Grijley, 2006, p. 319.

⁶ PERALES VISCOSILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 131.

literalmente prohibiendo la arbitrabilidad de determinadas materias, al imponer la vía jurisdiccional como único cauce de resolución de determinadas categorías de disputas.

Ahora bien, en torno al criterio patrimonial, la citada autora señala que la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas.⁷

Por su parte, Campos Medina⁸ señala que la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido de que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

2.2. Criterio positivo y criterio negativo

Sin embargo, aunque corresponde a cada Estado señalar legalmente los derechos que, existiendo un conflicto, pueden ser objeto de arbitraje (por lo que es menester aquí estudiar nuestra nueva Ley de Arbitraje),⁹ no menos cierto es que las 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 al momento de revisar la ley sobre la materia, 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 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.

⁷ PERALES VISCOSILLAS, Pilar. *Op. cit.*, p. 139.

⁸ CAMPOS MEDINA, Alexander. *Op. cit.*, p. 320.

⁹ Como sabemos, el sábado 28 de junio de 2008 salió publicado el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el Arbitraje, el mismo que entrará en vigencia —según la Tercera Disposición Final— el 1 de septiembre del presente año.

Con relación a los criterios positivo y negativo, Lohmann¹⁰ dice que respecto a los temas o controversias arbitrables —*criterio positivo*—, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a «facultad de libre disposición» ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. 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 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.

2.3. *Materia arbitrable en la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572*

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de arbitrabilidad estaba regulado por el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, precepto que acogía la teoría de la libre disposición y el criterio negativo.

En efecto, el artículo 1 de Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, establecía lo siguiente:

Artículo 1.- «Disposición general.-

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.

¹⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, volumen V, pp. 61-68.

3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público».

Como se puede apreciar, el criterio positivo se encuentra claramente expresado en el primer párrafo del citado artículo 1.

Sobre este extinto artículo, lo primero que habría que acotar es que, en nuestro criterio, no son las controversias las que pueden ser dispuestas libremente por las partes. Porque, ¿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. De ahí que, nosotros creemos que la facultad de libre disposición a la que se refiere el primer párrafo del artículo 1 de la ley antigua bajo comentario (y a la que se refiere el inciso 1 del artículo 2 de la nueva Ley de Arbitraje, que analizaremos en el siguiente punto del presente artículo), sólo puede aludir a derechos. Así pues, en la Ley anterior, la redacción del texto legal había sido desafortunada. 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* (...)».

Ahora bien, los efectos jurídicos de someter a arbitraje controversias sobre derechos que las partes pueden disponer a su guisa son evidentes si nos atenemos a la norma. Extinguen o previenen la posibilidad de procesos judiciales ordinarios.

En tal sentido, la pregunta de fondo es obviamente cuáles son esos derechos sobre los que las partes tienen la facultad de libre disposición y que, llegado el caso de una controversia, podrían ser llevados a arbitraje. Y aquí nada más cierto que aquello de que la excepción hace la regla. Pues sin la excepción, a saber, las cuatro prohibiciones explícitas que el artículo 1 de la fenecida Ley General de Arbitraje contiene sobre los derechos que no pueden ser sometidos a arbitraje bajo ninguna circunstancia, no estaríamos en capacidad de saber que *todos* los derechos —menos los que caen en la esfera de los cuatro vetos— pueden disponerse libremente y por ende ser sometidos a arbitraje, dado un conflicto sobre ellos.

Como se puede apreciar, el criterio negativo pretendía definir, a través de las cuatro prohibiciones, qué derechos pueden arbitrarse en el Perú en caso de conflicto, bajo el amparo de la antigua Ley General de Arbitraje.

Cabe precisar que tras estas cuatro prohibiciones de lo que no se puede arbitrar en el Perú, hay, implícito, un argumento de fondo. El de la equivocada idea de que existirían determinados derechos que son, por sí mismos, inarbitrables. Es decir, que la naturaleza misma, ya sea ésta humana o jurídica, impide su libre disposición, y por ende, su arbitrabilidad.

Así, que no sean derechos arbitrables los que versan sobre el estado y la capacidad de las personas, por ejemplo, tal como lo sanciona la primera prohibición de la Ley General de Arbitraje, obedecería filosóficamente al argumento de que algunos de tales derechos participan de los así llamados derechos de la personalidad, y, por tanto, propios de la «naturaleza humana». De ahí que los conflictos que sobre estos derechos se susciten, no puedan ser objeto de arbitraje.

Las mismas líneas argumentales servían para justificar las tres prohibiciones siguientes de la fenecida Ley General de Arbitraje, que están destinadas a resguardar la soberanía del Estado nación. Así, es porque existirían cosas que sólo el Estado debe hacer, funciones que sólo el Estado debe cumplir porque pertenecen a su «naturaleza», que no se deben contradecir privadamente. De este modo, atentaría contra la soberanía del Estado que sus súbditos dispongan sobre derechos que no les pertenecen por «naturaleza» y que por el contrario, pertenecen a la «naturaleza» del Estado. La tutela jurisdiccional es uno de ellos.

Lo cierto es que esto es muy discutible, sino falso. La propiedad, pues es ésta la que justifica en última instancia la facultad de disponer o no de un derecho determinado, es así misma un derecho, y los derechos —cualquier derecho— sólo existen por la ley. Es la ley, y no la naturaleza entendida como se quiera entender, la que sanciona quiénes tienen derecho a hacer qué cosa en un orden jurídico determinado. Luego, es la ley la que determina quiénes pueden disponer de lo que es suyo o propio, entendiendo que lo que es suyo o propio lo es porque la ley dice que lo es.

Tan es cierto que no existen —jurídicamente hablando— funciones, atribuciones, facultades o derechos «naturalmente propios» de las cosas, que, en la extinta Ley, algunas de las mismas cuatro excepciones a lo libremente disponible

están plagadas a su vez de excepciones. El arbitraje mismo es una excepción legal a lo que se suele considerar uno de los derechos propios de la «naturaleza» del Estado, a saber, su función jurisdiccional.

Por lo tanto, en nuestro criterio, no existen derechos que por sí mismos sean arbitrables o inarbitrables. En ambos casos, lo serán porque la ley sanciona que lo sean. Y esto no es un asunto que tenga que ver con la dogmática jurídica, pues ésta puede decir cualquier cosa sin que ello afecte lo que diga la ley. Así pues, es éste un asunto de exclusivo dominio de la política jurídica que cada Estado implemente en su legislación nacional.

Llegados a este punto, es útil advertir lo poco de jurídico que pueden tener los comentarios que generalmente se estilan en las obras y tratados legales sobre el arbitraje, en lo que corresponde al análisis del criterio negativo de la mal llamada materia arbitrable, es decir, de lo que está prohibido arbitrar en un orden jurídico dado. En efecto, cuando se emite un juicio de valor sobre la pertinencia o impertinencia, sobre la razón o sin razón, sobre lo correcto o lo incorrecto de alguno o todos los contenidos de los criterios negativos, cuando el jurista se pronuncia a favor o en contra de su procedencia total o parcial, lo hace emitiendo una opinión de política jurídica y no una de Derecho, como tal vez, el mismo jurista suele creer.

No es una opinión jurídica encontrar al Estado más o menos competente para tomar conocimiento exclusivo sobre tales y cuales temas, o mejor dicho, sobre tales o cuales derechos controvertidos. Tampoco lo es encontrar más o menos conveniente que los particulares decidan sobre esto o aquello.

Pues es poco, en verdad, lo que de Derecho se puede decir allí; tal vez, apenas, las concordancias legales que apoyan tácita o explícitamente tal o cual prohibición en los cuerpos legales vigentes. Pero casi nada más.

La atingencia jurídica fundamental es, en nuestra opinión, la ambigüedad que destilaban las cuatro prohibiciones de la fenecida Ley, teniendo en cuenta que, precisamente, su claridad era requisito indispensable para determinar el criterio opuesto, a saber, el positivo por el que se permitía arbitrar todos los derechos que no estén especificados en las cuatro prohibiciones y que, por tanto, se supone de libre disposición. Resulta para nosotros bastante obvio que el sentido de la ambigüedad era dar margen a las excepciones, haciendo de las prohibiciones una

coladera por donde lo que se supone eran derechos inarbitrables, terminaban en la jurisdicción arbitral.¹¹

2.4. Materia arbitrable en la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071

En la nueva Ley de Arbitraje, la materia arbitrable se regula lacónicamente en el inciso 1 del artículo 2, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 2.- «Materias susceptibles de arbitraje

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

Como se puede apreciar, la nueva Ley deja de lado el criterio negativo que contemplaba el citado artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

En efecto, de manera novedosa,¹² la nueva Ley de Arbitraje mantiene el criterio de «libre disponibilidad» (criterio positivo), incluyendo aquellas materias que hayan sido autorizadas de ser conocidas en sede arbitral, a través de una ley o de un tratado o de un acuerdo internacional (como por ejemplo los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones – APPRI; y, en general, todos los Tratados Bilaterales de Inversión – TBI o BIT; así como los multilaterales en los que por remisión o pacto, se establezca como medio de solución de controversias, el arbitraje).

La Exposición de Motivos de la nueva Ley de Arbitraje no nos brinda una razón del por qué se prescindió del criterio negativo.

¹¹ Al respecto nos remitimos a CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, tomo I, Lima: Palestra Editores S.A.C., 2007, 83-95.

¹² Decimos novedosa, porque, por ejemplo, el Proyecto Modificatorio de la Ley General de Arbitraje, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006, no contemplaba modificación alguna al citado artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

A entender de Yáñez Velasco,¹³ desde hace tiempo se consideró imposible que el legislador, en un principio, o el intérprete de la ley con posterioridad, elaborasen un listado cerrado con las materias incluidas y excluidas del arbitraje como libre disposición. Tal cosa obligaría a repasar todo el Derecho en toda cuestión imaginable, lo que aboca al absurdo y al inagotable casuismo de épocas remotas. Y si lo que se pretende es eludir los casos particulares y plantear grupos de temas o materias concretas, igualmente serían posibles las dudas o la sugerencia de excepciones o matices de alguno de esos temas o materias.

Eliminado el criterio negativo en la nueva Ley de Arbitraje, sólo tenemos a la «libre disposición» como eje orientador, a efectos de determinar si una materia es arbitrable o no.

Como ya hemos demostrado en un trabajo anterior con relación a la Ley General de Arbitraje, el criterio negativo que pretendía excluir del arbitraje determinadas «materias» adolecía de un serio defecto, a saber: dejaba la puerta abierta para que las cuatro prohibiciones que allí se sancionaban estuvieran plagadas de excepciones. Esto quería decir, en buen romance, que las prohibiciones en realidad no prohibían tanto como aparentaban o querían, y que el arbitraje, incluso en ellas, estaba más que presente.

De ahí la necesidad de pensar seriamente sobre si el criterio negativo, esto es, las prohibiciones sobre lo que no se puede arbitrar, tenía en realidad algún sentido para determinar todo aquello que sí se puede arbitrar. Lo cierto es que, tal como el devenir histórico lo está demostrando, cada vez son más los derechos sobre los que se puede arbitrar¹⁴ y esto se reflejaba plenamente en las múltiples excepciones susceptibles de extraerse de las cuatro prohibiciones reguladas en la fenecida Ley General de Arbitraje.

De ahí que, si bien en un mundo donde el *statu quo* de los conceptos y las realidades jurídicas tienen poca fluidez y son renuentes al cambio, el criterio negativo tenía sentido, en el mundo volátil de la globalización, el tal criterio no tiene ninguno. Pues si lo tuviera, el mismo criterio negativo no estuviera agujereado de tantas excepciones.

¹³ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 160.

¹⁴ Ver: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, tomos III y IV, Lima: Palestra Editores S.A.C., 2007.

Por lo tanto, es signo de los tiempos que el criterio positivo, esto es, el que todo derecho que las normas jurídicas (o los tratados internacionales) estipulen como disponible sea arbitrable, es correcto.

Y no sólo por el signo de los tiempos a los que el Derecho, como cualquier otra disciplina, se debe adecuar, sino además porque este criterio está en plena sintonía con el positivismo jurídico que nosotros avalamos como lo más avanzado que la ciencia jurídica puede exhibir. Porque, en efecto, ya hemos dicho que no creemos en los derechos inarbitrables por «naturaleza». Tal cosa no existe en la medida de que todo derecho puede ser materia de arbitraje si la norma jurídica establece su carácter de libre disponibilidad. Y cuando la norma calla, pues se entiende que lo que no está prohibido está permitido según el precepto constitucional que así lo establece.

En este sentido, la nueva Ley de Arbitraje ha dado el «Gran Salto Adelante» pues, en principio, no reconoce ninguna «materia» que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente). Así, la ley se convierte en el Alfa y Omega del quehacer arbitral, descartando las antiguallas jusnaturalistas por medio de las cuales se pretendía que la «naturaleza de las cosas» era la medida de lo que podía o no ser arbitrado.

La obligada conclusión de esto es muy simple: el arbitraje ha triunfado en toda regla y es a través de la santidad de la ley que su imperio se va haciendo universal en el Derecho. Así pues, lo que antes todavía se exceptuaba por escrito desaparece, dejando paso a la permisividad de este mecanismo alternativo de administración de justicia que, cada vez empieza a ser, en virtud de la nueva Ley, menos alternativo si nos atenemos al espíritu de las leyes.

Lima, agosto de 2008