Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje

Volumen 65 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje

Lizbeth Nathaly Panduro Meza

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Universidad Católica San Pablo
ASOCIACION IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje

© Lizbeth Nathaly Panduro Meza
lizbethpanduro@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, abril 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 2019-04529

ISBN: 978-612-4400-13-1
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

Página

Nota del editor 11

Introducción 13

Capítulo I
El ejercicio de la función jurisdiccional a través del proceso 17

1. El proceso como instrumento de resolución de conflictos de intereses 17
   1.1 Origen histórico de los mecanismos de resolución de conflictos y su regulación a través del derecho 17
   1.2 Clasificación de los mecanismos de resolución de conflictos 19
   1.3 El proceso civil. Su finalidad 21

2. El ejercicio de la función jurisdiccional a través del proceso 24
   2.1 Concepto de jurisdicción 24
   2.2 La cosa juzgada como rasgo esencial de la función jurisdiccional 28
   2.3 El carácter instrumental del proceso y su relación con el ejercicio de la función jurisdiccional 29

3. Las reglas procesales y su relación con las formas, las formalidades y los formalismos procesales 31
   3.1 Concepto y contenido del derecho procesal 32
   3.2 Clasificación de las reglas procesales 34
      3.2.1 Reglas procesales originadas en la experiencia jurídico-procesal 35

3.2.2 Reglas procesales surgidas de la creación exclusivamente legislativa 38
3.3 Relación entre formalidades, formalismos y reglas procesales 39
3.3.1 Desarrollo histórico del formalismo procesal y su configuración actual 39
3.3.2 Distinción entre forma, formalidad y formalismo procesal 41
3.3.3 Diferencia entre reglas procesales y formalidades procesales 43
3.3.4 Diferencia entre reglas procesales y formalismos procesales. Situaciones en las que la defensa de la formalidad no representa un formalismo procesal 45

4. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y su influencia en la regulación antiformalista del proceso 49
4.1 Definición del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva 49
4.2 Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva 52
4.2.1 El derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales 53
4.2.2 El derecho de defensa 54
4.2.3 El derecho a obtener una decisión fundada en el derecho 55
4.2.4 El derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales 56
4.3 La incidencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la regulación antiformalista del proceso 57

Capítulo II
El arbitraje. Puntos de desencuentro con el proceso civil 61

1. El arbitraje, ¿es un contrato o es un proceso? 61
1.1 El rol de la autonomía de la voluntad en la institución arbitral 61

1.2 Posturas doctrinarias que explican la naturaleza jurídica del arbitraje 67
1.2.1 Teoría contractual 70
1.2.2 Teoría jurisdiccional 72
1.2.3 Teoría híbrida 76
1.2.4 Teorías autónomas 78
1.3 Nuestra posición 80

2. El desencuentro entre el arbitraje y el proceso civil: la regulación arbitral 89
2.1 Fuentes de la regulación arbitral 89
2.1.1 Las normas arbitrales creadas por el legislador 90
2.1.2 Las normas arbitrales originadas en la voluntad de las partes 92
2.2 La mínima regulación existente en la legislación arbitral 92
2.3 Reglas arbitrales inexistentes en el proceso civil 95
2.3.1 Reglas relativas a la conformación del tribunal arbitral 96
2.3.2 Reglas relativas al pago de gastos arbitrales 97
2.4 Los caracteres que definen al arbitraje y lo distinguen del proceso civil 98
2.4.1 La libertad que poseen las partes para regular el procedimiento arbitral 98
2.4.2 La flexibilidad que caracteriza a las normas arbitrales 99
2.4.3 La celeridad en la emisión de los actos arbitrales 101
2.4.4 La privacidad de las actuaciones arbitrales 103
2.4.5 La especialización de los árbitros 104

Capítulo III
La aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje 107

1. El encuentro entre el arbitraje y el proceso. Su influencia en la regulación arbitral 107

1.1 Una misma finalidad: la solución de conflictos de intereses con eficacia vinculante e inmutable 108
1.2 Una estructura similar: la existencia de un procedimiento destinado a la consecución de una finalidad 109
1.3 Una regulación semejante: la existencia de formalidades y el rechazo al formalismo 110
1.4 La exigencia de unas garantías de orden procesal 115

2. El problema objeto de estudio 126

3. El supuesto de hecho y las condiciones exigidas para afirmar la aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje 129

3.1 Estado del procedimiento arbitral 129
Primero: Surge un suceso en el procedimiento arbitral que no ha sido objeto de regulación por las partes, por el reglamento arbitral elegido y por la legislación arbitral
Segundo: El evento no regulado se origina en el procedimiento destinado a solucionar el conflicto
3.2 Cualidades necesarias para considerar aplicable en un arbitraje una institución procesal 134
Primero: Existe una institución procesal que regula el evento acaecido y que no constituye una formalidad prescindible para su solución
Segundo: La aplicación de la institución procesal elegida no obstaculiza la pronta obtención del laudo final

4. La aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje. Consideraciones finales 140

Conclusiones 147

Bibliografía 151

Nota del Editor

Hace algunos años leí la tesis que, en el 2011 sustentó, para optar el título de abogada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lizbeth Nathaly Panduro Meza.

Esta lectura la hice del repositorio electrónico de tesis de la Universidad, que permite imprimir y leer los diversos trabajos sustentados por los exalumnos de la PUCP.

El trabajo lleva por título "Aplicabilidad de las Instituciones Procesales en el Arbitraje", nombre absolutamente sugestivo y que anuncia el desarrollo y estudio de una materia en verdad compleja y sobre la cual mucho se ha hablado en eventos, conferencias y congresos de arbitraje, pero no necesariamente se ha escrito en igual medida.

Siempre me pregunté por qué un trabajo sobresaliente como el de Lizbeth Panduro Meza no había sido publicado en formato papel, a pesar de ser fuente obligada de consulta para muchos abogados en ejercicio y académicos en materia arbitral.

Es así que, hace algunos meses, le propuse corregir esa injusticia y editar tan importante obra del Derecho peruano.

Me alegró mucho la inmediata aceptación de Lizbeth e iniciamos los trabajos de preparación del libro que hoy presento.

Uno de los primeros y mayores objetivos de la *Biblioteca de Arbitraje* es el publicar obras que generen polémica y que representen avances sustantivos dentro del estudio del arbitraje, tanto en el Perú como en el

extranjero; y el libro que hoy presentamos reúne estas virtudes y muchas otras más.

Así, debo decir que constituye un honor para nuestra colección el incorporar tan valiosa obra. Estoy seguro que los lectores coincidirán con esta apreciación.

Lima, abril de 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

Tan sólo Dios, para juzgar, no necesita proceso.[*] Con palabras similares, en 1952 Miguel Fenech expresaba una idea que, para muchos, no admite discusión: para realizar un juzgamiento, cualquiera que éste sea, del tipo que fuese y cualesquiera que sean los sujetos sobre los que recaiga, es necesario desarrollar un proceso.

Pero el proceso no es la única vía en donde un juzgamiento puede llevarse a cabo. De modo similar, el arbitraje es un instrumento a través del cual un tercero —denominado árbitro—, revestido con determinadas facultades, resuelve un conflicto de intereses recaído sobre materias de libre disposición, mediante un acto definitivo —denominado *laudo*—, que adquiere vinculatoriedad e inmutabilidad en un ordenamiento jurídico.

Sin embargo, entre el arbitraje y el proceso existe una diferencia principal: la necesidad, en el primero, de un acuerdo de voluntades para activar la institución arbitral. A diferencia del proceso, para que el arbitraje sea considerado un mecanismo de resolución válido para determinados conflictos, los sujetos, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, deben manifestar su deseo de conceder al arbitraje dicha calidad; manifestación que debe darse dentro de las limitaciones impuestas legislativamente.

De tal modo, los sujetos pueden decidir no hacer uso del mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico para componer un conflicto, creando, en su lugar, un nuevo «proceso», con jueces y reglas propias, que se adecúen a la especialidad de los conflictos y los intereses que las partes

---

[*] Fenech, Miguel. *Derecho procesal penal*. Barcelona, 1952, 70. Citado por Ramos, Francisco. *Derecho y proceso*. Barcelona: Librería Bosch, 1978, p. 44.

tienen sobre la forma de llevar a cabo el procedimiento. Los instrumentos —arbitraje y proceso— son distintos, pero la finalidad perseguida con ambos es la misma: resolver una controversia mediante un acto cuya eficacia tenga fuerza vinculante.

Sin embargo, existen diferencias entre ambos instrumentos, que derivan de las distintas pautas que los configuran. Mientras la infinidad de asuntos que pueden ser conocidos en un proceso, determina la existencia de una regulación minuciosa y detallada sobre todas las situaciones y relaciones que pueden darse en su interior, el arbitraje no posee una regulación igual. Las normas sobre el arbitraje establecen pautas generales para su conformación, que tienen, en su mayoría, un carácter dispositivo, dejando a las partes la determinación de las reglas que dirigirán su desenvolvimiento hasta la obtención de la decisión final. Esta característica proviene del principio de autonomía de la voluntad que gobierna la institución, que posibilita que sean las partes quienes determinen dichas reglas —aunque dentro de ciertos límites impuestos legislativamente—, lo cual representa su principal atractivo con relación a la regulación procesal.

Así como el principio en mención tiene numerosas ventajas, también genera complicaciones para la institución arbitral, como la ausencia de una regulación que responda a todos los eventos que pueden presentarse durante el procedimiento arbitral. La regulación del arbitraje siempre será imperfecta, entendiendo esta expresión no en un sentido negativo, sino en uno que evidencia que serán muchos los eventos que se susciten al interior del arbitraje que carecerán de una regla específica que indique al árbitro cómo actuar. En este escenario, en ejercicio de su discrecionalidad, el árbitro determinará la forma de resolverlo, teniendo dos opciones posibles para ello: crear una regla específica o aplicar una regla procesal. Sin embargo, son muchos los que consideran que esta segunda vía no debe ser adoptada y propugnan la inaplicabilidad de las reglas procesales en el arbitraje en base a las particularidades de la institución arbitral.

El problema objeto de nuestro estudio es, entonces, la falta de certeza que existe sobre los atributos que deben poseer las reglas procesales para hacerlas aplicables al arbitraje. Este problema proviene del hecho de que no hay identidad entre las regulaciones procesal y arbitral; si bien comparten muchos aspectos, en otros difieren de tal modo que las reglas de cada una de ellas no pueden ser aplicadas más que a la institución a la que pertenecen. Esta realidad impide a muchos aceptar la aplicabilidad de las reglas procesales al arbitraje y, además, reconocer que la aplicación de determinadas reglas del derecho procesal es, en muchos casos, el camino más adecuado que el árbitro puede adoptar.

Nuestra investigación está dirigida a sustentar la aplicabilidad de la que gozan determinadas reglas procesales para ser empleadas por los árbitros cuando se encuentren frente a eventos no regulados por las reglas aplicables al procedimiento arbitral. Por ello, en el capítulo I indagaremos sobre la actividad desarrollada al interior del proceso, su fin instrumental y la función actuada a través de él; y sobre las reglas procesales que dirigen su desenvolvimiento, en particular, sobre las fuentes que les dan origen y sobre la distinción que existe entre la *regla,* la *forma*, la *formalidad* y el *formalismo* procesales. Hecha esta distinción, identificaremos las circunstancias en las que la defensa de las formalidades procesales está justificada. Finalmente, expondremos los alcances del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que inspira la actividad procesal y desarrollaremos las implicancias que este derecho tiene en la existencia de un contenido antiformalista de la regulación procesal.

El capítulo II está dirigido a identificar aquellos aspectos en los que el arbitraje y el proceso no tienen puntos de encuentro. Para ello, desarrollaremos las diferentes posturas doctrinarias existentes sobre su naturaleza jurídica y adoptaremos la posición que, consideramos, explica mejor el fenómeno arbitral. Partiendo de este punto, identificaremos a la autonomía de la voluntad como el principio que gobierna a la institución —así como sus límites—, y su incidencia en la creación de una regulación arbitral que difiere en diversos aspectos de la procesal.

También se analizarán las consecuencias derivadas de este hecho en los alcances de la legislación arbitral, que determina que sea labor de las partes establecer una regulación más específica. Finalmente, identificaremos las normas arbitrales inexistentes en la regulación procesal y las principales características y cualidades de la regulación arbitral con relación a la procesal.

Conocidos los puntos de desencuentro entre las instituciones arbitral y procesal, en el capítulo III identificaremos los puntos de coincidencia entre ambas. Con base en éstos, estableceremos las situaciones necesarias para que un árbitro, en ejercicio de su discrecionalidad, adopte reglas procesales en lugar de crear una regla particular, y construiremos, con base en los puntos de encuentro y desencuentro entre ambas instituciones, las cualidades necesarias para considerar aplicable una institución procesal en un arbitraje.

Nuestro análisis final se desarrollará en torno a si, además de contar con atributos que hacen aplicables determinadas instituciones a un arbitraje, existen razones para considerar que su aplicación es una mejor opción que la producción directa de una regla, enunciando algunas de ellas que expresan ambas intenciones y desarrollando el caso de una institución procesal particular.

Si bien es cierto que la corriente que propugna la inaplicabilidad del derecho procesal en el arbitraje tiene muchos adeptos, como consecuencia de este estudio será cierto también que la aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje se fundamenta en suficientes motivos que no sólo la defienden como una opción, sino como la mejor que puede existir en un mecanismo donde el juzgamiento desarrollado en su interior muestra la necesidad ya no de un proceso, sino de la aplicación de reglas procesales que persiguen el mismo objetivo.

Capítulo I

El ejercicio de la función jurisdiccional a través del proceso

1. El proceso como instrumento de resolución de conflictos de intereses

1.1. Origen histórico de los mecanismos de resolución de conflictos y su regulación a través del derecho

Desde el inicio de nuestra civilización, los seres humanos hemos constatado que los hechos de la naturaleza determinantes en nuestra evolución en sociedad son dos: el número infinito de necesidades que demandan satisfacción y el número limitado e insuficiente de bienes aptos para satisfacerlas. Estos hechos —necesidad y escasez— evidencian que no es posible satisfacer *todas* las necesidades existentes; menos aún, aquéllas que identifiquen el mismo bien como apto para su satisfacción.

Las ciencias sociales y, en particular, el derecho, se han encargado de identificar estos fenómenos y estudiarlos. Así, se ha denominado *interés* a la correspondencia que existe entre una necesidad específica y el bien apto para satisfacerla, y *conflicto intersubjetivo de intereses*[1] a la situación que se presenta cuando dos sujetos distintos identifican un mismo bien como apto para satisfacer sus necesidades.[2]

---

[1] Para fines de este trabajo simplificaremos la expresión, llamándola *conflictos de intereses.*

[2] *Vid.* Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha,

Se han formulado hipótesis sobre cómo estos fenómenos pudieron haber sido enfrentados por las sociedades primitivas. Se señala que, en este estadio de la humanidad, los conflictos de intereses eran resueltos por los sujetos a través del uso de la fuerza y la imposición violenta de un interés sobre el otro en conflicto. El enfrentamiento continuo de los seres humanos para conseguir la satisfacción por ellos requerida y el prevaleciendo del interés del más fuerte determinó la existencia de un estado permanente de guerra.

Con la evolución de la sociedad se comprendió que la resolución de conflictos mediante el uso de la fuerza impedía o, por lo menos, ponía en riesgo la continuidad de nuestra especie. El derecho se encargó de enfrentar esta realidad llena de necesidades, de bienes escasos y de intereses en conflicto, proveyendo a la sociedad distintos tipos de tutela para evitar que los sujetos empleen la violencia como mecanismo de solución.

Es así que mediante las normas del derecho sustancial —manifestación de la tutela jurídica primaria brindada por el Estado—, el derecho se encargó de identificar, entre dos o más intereses en conflicto, el interés digno de tutela, otorgándole protección y asegurando su satisfacción en desmedro del otro interés en conflicto.

Para que esta forma de tutela primaria sea efectiva se requería el cumplimiento voluntario de los destinatarios de la misma; sin embargo, se comprendió que esto no siempre sucedería, evidenciándose la insuficiencia de esta forma de tutela y la necesidad de identificar otros

---

1944, vol. 1, p. 16. Si bien la concepción del *conflicto intersubjetivo de intereses* expuesta por Francesco Carnelutti en su *Sistema de derecho procesal civil*, es ampliamente aceptada como punto de partida del desarrollo del sistema jurídico, existen quienes no apoyan esta noción, señalando que la situación denominada como tal no contiene, propiamente, un conflicto jurídico, sino uno psicológico, sociológico o económico, y que, en realidad, «no hay conflicto sino prevalecimiento de un interés sobre el otro, que se le subordina». *Vid*. Barrios de Angelis, Dante. «Muerte y resurrección del conflicto». *Revista de Derecho Procesal*. Madrid, 2000, n.° 1, pp. 15-16.

mecanismos que garanticen la efectiva tutela de las situaciones jurídicas protegidas por el derecho sustancial.

Es por esta razón que el derecho contempló un segundo tipo de tutela, instrumental a la tutela primaria,[3] conformada por diversos mecanismos de resolución de conflictos provistos para ser actuados cuando el titular del interés no protegido por el ordenamiento jurídico desconozca, discuta o resista la norma que protege y da prevalencia a un interés distinto del suyo. Como se explicará a continuación, el mecanismo por excelencia para brindar este tipo de tutela es el proceso.[4]

1.2. Clasificación de los mecanismos de resolución de conflictos

La clasificación elemental de los mecanismos de resolución de conflictos se realiza en función de la imposición o no del interés de uno de los sujetos en conflicto sobre el interés del otro. El mecanismo que se caracteriza por la prevalencia del interés propio sobre el ajeno se

---

[3] «Es correcto, así, que la más básica forma de tutela de los derechos está constituida por la propia norma de derecho material […] La tutela jurisdiccional, por tanto, debe ser comprendida solamente como una modalidad de tutela de los derechos». Marinoni, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.* Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra, 2007, p. 174.

[4] El objeto de la tutela primaria es el mero *conflicto intersubjetivo de intereses*, mientras que el objeto de la tutela secundaria es el *conflicto intersubjetivo de intereses calificado por una pretensión discutida o resistida*; a este último fenómeno, Francesco Carnelutti lo denominó *litis*, para distinguirlo del objeto de la tutela primaria. Además, el autor distinguió ambas situaciones de aquélla que se presenta cuando los sujetos titulares de los intereses en conflicto hacen manifiestas sus posiciones contrarias, discutiéndolas, contradiciéndolas o contraviniéndolas, situación que denominó *controversia*. *Litis*, *conflicto de intereses* y *controversia* se presentan, entonces, como conceptos referidos a fenómenos distintos. Para efectos de este trabajo, simplificaremos el objeto real de la tutela secundaria (*litis)* y nos referiremos a ella, simplemente, como *conflicto*. *Vid.* Carnelutti, Francesco. *Op. cit.*, p. 44; Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, tomo 1, pp. 190-191; y Serra Domínguez, Manuel. *Estudios de derecho procesal.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1969, p. 35.

denomina *autotutela* o *autodefensa*, mientras que el mecanismo en el que existe una solución proveniente de ambos sujetos se denomina *autocomposición*.[5]

Se denomina *autotutela* o *autodefensa* a la forma de resolución de conflictos en el que uno de los sujetos impone la solución que recoge su interés, haciéndolo prevalecer en desmedro del interés del otro. El predominio del interés propio puede producirse o no como consecuencia del uso de la violencia. Si bien en épocas primitivas, con un desarrollo jurídico incipiente, la autotutela ejercida con violencia pudo haber sido una práctica generalizada. Hoy, sin embargo, se encuentra, por regla general, proscrita, pues representa un mecanismo no civilizado de resolver los conflictos que puede llevarnos a un estado permanente de caos y de destrucción de nuestra especie.[6]

Por su parte, la *autocomposición* es el mecanismo a través del cual se impone, bajo la forma regulada por el ordenamiento jurídico, una solución originada en el consenso de los sujetos en conflicto. Son típicos medios autocompositivos la transacción y la conciliación.

Una segunda clasificación de los mecanismos de resolución de conflictos responde a quién es el sujeto o sujetos que proporcionan la fórmula de solución. Cuando la solución proviene de los sujetos en conflicto

---

5 Sobre las diversas clases de mecanismos de resolución de conflictos, *vid.* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa. (Contribución al estudio de los fines del proceso)*. México D.F.: Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1970, 2.ª edición, pp. 12-33; y Ovalle, José. *Teoría general del proceso.* México D.F.: Oxford University Press, 1996, 3.ª edición, pp. 9-35.

6 En la actualidad, la prohibición del uso de la fuerza es ampliamente aceptada como regla general en los diversos ordenamientos jurídicos. Tal es el caso del ordenamiento jurídico peruano, donde la autotutela ejercida bajo estos términos está vedada, salvo en los casos de legítima defensa o estado de necesidad, donde el uso de la fuerza es admitido de modo excepcional (artículo 20(3)(4) del Código Penal peruano, aprobado por Decreto Legislativo n.° 635).

estamos frente a una autocomposición. Cuando la composición es efectuada por un sujeto distinto de los que se encuentran en disputa, empleando para tal efecto, los instrumentos establecidos en el ordenamiento jurídico, estamos frente a una *heterocomposición*.

El proceso es un medio heterocompositivo, pues, a través de él, un tercero —un órgano estatal en ejercicio de la función jurisdiccional— brinda la solución al caso concreto. Otro mecanismo heterocompositivo es el arbitraje, que tiene tal calidad aun cuando el árbitro que juzga es designado por las partes, pues esto no implica que sean éstas y no aquél el que decide la forma como debe componerse el conflicto. El árbitro, como el juez, es el tercero llamado a resolver y es él quien, finalmente, lo hace.[7]

Conocidos los alcances de la *autotutela*, la *autocomposición* y la *heterocomposición* se concluye que sólo las dos últimas son formas de composición definitiva del conflicto, permitidas y reguladas en toda sociedad civilizada como regla general, pues emplean fórmulas que excluyen el uso de la fuerza y la imposición de una decisión arbitraria y egoísta.

1.3. El proceso civil. Su finalidad

El proceso, como cualquier mecanismo compositivo,[8] tiene como fi-

---

[7] Sobre el orden de aparición de los mecanismos de resolución de conflictos en nuestra sociedad se afirma que el proceso se ubica en la tercera fase de la evolución, siendo su antecedente directo el arbitraje (en sus inicios), que se ubica en el segundo estadio y que le habría servido de preparación para ubicarse luego al interior de la organización estatal de la justicia y, en la primera fase, la justicia por mano propia que hoy se encuentra —al menos formalmente— desterrado por completo. *Cfr*. Reglero, Fernando. *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988)*. Madrid: Montecorvo, 1991, p. 29.

[8] Sobre la existencia de procesos en los que el conflicto de intereses no existe (los llamados *procesos no contenciosos* o *jurisdicción voluntaria*), Carnelutti los relaciona con los que sí presentan conflicto por la finalidad compartida por ellos, al afirmar

nalidad la resolución de conflictos[9] con relevancia jurídica, es decir, la composición de aquéllos que se originen por la inobservancia de los intereses tutelados por el derecho sustancial. A esta finalidad genérica del proceso se suma una finalidad específica que permite distinguirlo de los demás mecanismos aludidos.

El profesor Francesco Carnelutti afirmaba que el fin específico del proceso es la composición de un conflicto pasible de ser calificado como *litigio*, es decir, aquél en donde uno de los sujetos interesados formule una pretensión para satisfacer su interés y el otro oponga resistencia.[10] Pero —según el mismo autor— la finalidad del proceso no se agota en dicha composición; la composición del conflicto debe realizarse observando y aplicando las normas de derecho sustancial que, de modo primario, resuelvan el conflicto de intereses puesto a conocimiento del juzgador.[11]

La finalidad de proceso expuesta por Francesco Carnelutti, nos hace comprender que ésta no se agota en la composición del conflicto de intereses. La finalidad del proceso es componer los conflictos de intereses a través de la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en las normas de derecho sustancial que se han ocupado de identificar cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer.

Los alcances de la finalidad señalada anteriormente se hacen más precisos si se considera en su formulación la diversidad de materias sobre las que pueden recaer los conflictos de intereses. De este modo, la finalidad del proceso es, además, la tutela del orden jurídico general, la actuación de

---

que «[c]omposición de la *litis*, como fin del proceso contencioso, y prevención de la desobediencia como fin del proceso voluntario, confluyen, pues, en el concepto de cumplimiento de la ley como fin del proceso en todas sus formas». Carnelutti, Francesco. *Derecho y proceso.* Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1971, p. 76.

9 «[…] [P]odemos afirmar que el contacto básico entre la realidad y el proceso es el conflicto: éste casi es su razón de ser». Monroy Gálvez, Juan. *Op. cit.*, p. 191.

10 *Vid*. *supra*, nota 4.

11 *Cfr*. Carnelutti, Francesco. *Sistema*. *Op. cit.*, pp. 257, 271 y 287.

la voluntad de las normas en el caso concreto, la realización del conjunto de valores de una sociedad determinada, la interpretación de las normas de derecho sustancial, la satisfacción jurídica de los sujetos y la determinación, de modo definitivo, del derecho irrevocable para el caso concreto.[12] Esta formulación amplia de la finalidad del proceso, elaborada en función de las diversas disciplinas de derecho sustancial que pueden ser discutidas en su interior, hace suya aquella concepción del mismo que lo considera «una "ventana abierta" para contemplar el derecho todo en su dinámica».[13]

Siendo parte del propósito de este trabajo encontrar los puntos de encuentro entre el proceso y el arbitraje, identificaremos la finalidad, no del proceso en general, sino del proceso civil en particular, dejando de lado a los procesos que giran en torno a la defensa de intereses recaídos en una colectividad sobre bienes considerados dignos de tutela, como es el caso del proceso penal, al no ser este objeto pasible de ser conocido en un arbitraje.[14]

Hecha la delimitación anterior, consideramos que la finalidad del proceso civil es la «composición, de modo definitivo, de un conflicto de intereses mediante la actuación, en el caso concreto, de la norma de derecho sustancial que identifique el interés digno de tutela, de modo tal que se consiga la efectividad real de las situaciones jurídicas protegidas por el ordenamiento jurídico». Con base en esta formulación de la finalidad de proceso civil desarrollaremos los acápites que siguen a continuación, refiriéndonos a aquél, simplemente, como *proceso*.

---

[12] *Cfr*. Ramos, Francisco. *Derecho y proceso.* Barcelona: Bosch, 1978, pp. 46-47. El autor recoge los alcances del proceso expuestos también por Leonardo Prieto-Castro, Emilio Gómez Orbaneja, Manuel Gómez del Castillo, Antonio Nasi, Víctor Fairén Guillén y Manuel Serra Domínguez.

[13] Herce Quemada, Vicente. «El derecho procesal como método». *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. Madrid, 1970, pp. 813, 819. Citado en *idem*, p. 47.

[14] La finalidad del proceso penal no es proteger, de manera exclusiva, un interés particular tutelado en una norma de derecho sustancial, sino tutelar un interés de una colectividad, recaído sobre un bien que es considerado, por todos, digno de tutela.

2. El ejercicio de la función jurisdiccional a través del proceso

2.1. Concepto de jurisdicción

En todos los mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos —incluido el proceso—, un tercero arregla, resuelve, compone, las discrepancias sometidas a su juzgamiento. Existe, sin embargo, un elemento que distingue al proceso de todos los demás mecanismos: el tercero que compone el conflicto pertenece a una organización estatal y actúa ejerciendo una de sus funciones derivadas de la soberanía popular.

El proceso no siempre materializó el ejercicio de una función estatal, pues el orden y la paz social que con él se garantiza han sido perseguidos incluso antes del surgimiento del Estado moderno. En organizaciones políticas incipientes, el mecanismo empleado se asemejaba mucho a lo que hoy entendemos por proceso (aunque sin el desarrollo científico que éste posee)[15] y el sujeto destinado a resolver el conflicto debía estar investido con ciertas atribuciones o poseer cualidades para ejercer dicho cargo.[16]

Tras el surgimiento del Estado moderno, éste monopolizó la función de composición de los conflictos a través del proceso. En esta etapa

---

[15] El *processus*, entendido como sucesión de actos relacionados con la pretensión de obtener el reconocimiento de un derecho, es un término surgido a partir del derecho canónico; antes de éste, en el derecho romano se empleaba el término *iudicium* para referirse a dicho fenómeno. *Vid*. Ortego Gil, Pedro. «Las formas históricas de protección de los derechos y la evolución del derecho procesal». *Iustel Portal Derecho*, 2001-2009. Consulta: 12 de julio de 2009 http://www.iustel.com.

[16] La elección del tercero ha respondido a distintos criterios en función de la etapa histórica en la que se llevó a cabo la misma. Así, la función compositiva ha recaído, progresivamente, en cabeza de diversos sujetos: el hombre más fuerte; el hechicero con conocimientos extraterrenales; el más anciano de una sociedad determinada; el señor feudal; y el monarca para, finalmente, terminar en cabeza de un órgano representante del Estado. *Vid*. Monroy Gálvez, Juan. *Op. cit.*, pp. 4-5; y Allorio, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1963, vol. 1, pp. 213-215.

de la historia se creó la doctrina de la división de poderes y comenzó a hablarse de *jurisdicción*.

Así como sucede con el proceso, la idea de *jurisdicción* se manifestó en épocas anteriores al surgimiento del Estado moderno.[17] En la fase postclásica y justinianea del derecho romano, una jurisdicción incipiente se manifestó en la *cognitio extra ordinem*, que fue perfilándose con el devenir de la historia hasta el surgimiento del Estado, hecho que le imprimió los rasgos que hoy la caracterizan.[18]

Diversos autores consideran que el desarrollo histórico del término *jurisdicción* ha relativizado su concepto. Piero Calamandrei consideraba que el concepto no era absoluto y válido para todos los tiempos y pueblos, sino que variaba en función de un pueblo y tiempo históricos. Por su parte, Miguel Fenech y Jorge Carreras consideraban que el concepto era relativo, pues dependía de la existencia de un Estado determinado, así las vicisitudes que un Estado, en particular, atravesara, incidían en el concepto que se tenía de él. Entre nosotros, Juan Monroy Gálvez ha sostenido la relatividad del término afirmando que el derecho objetivo de cada Estado es el elemento que lo configura y, por ende, le traslada su variabilidad en función del momento histórico determinado al que pertenezca.[19]

---

[17] Se afirma que el juicio jurisdiccional es un juicio revestido de autoridad —*auctoritas*—, atributo independiente de la organización de un pueblo y la constitución del poder público —*potestas*—. *Cfr*. Bonet, Ángel. *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad.* Zaragoza: Institución Fernando El Católico, 1981, pp. 59-60.

[18] *Cfr*. Allorio, Enrico. *Op. cit.*, pp. 213-215.

[19] *Cfr*. Ramos, Francisco. *Op. cit.*, p. 117; Fenech, Miguel y Jorge Carreras. *Estudios de derecho procesal.* Barcelona: Bosch, 1962, pp. 35, 44; y Monroy Gálvez, Juan. *Op. cit.*, p. 213. Sin embargo, existen autores como Manuel Serra Domínguez para quienes el concepto es único y no admite relatividad, siendo lo relativo sus concretas manifestaciones. Su posición parte de considerar que la jurisdicción existe independientemente del Estado y que el hecho de que hoy éste haya hecho suya la jurisdicción se debe, únicamente, a circunstancias históricas. *Cfr*. Serra Domínguez, Manuel. *Op. cit.*, p. 22. Esta última opinión también posee Juan Luis Requejo Pagés, para quien el concepto es necesariamente absoluto, siendo lo relativo el modo de

Como los autores mencionados, entendemos que *jurisdicción* posee un concepto relativo; sin embargo, consideramos que su variabilidad depende de los distintos momentos históricos en los que puede ser estudiada la institución. Por ello, en una fase determinada, será posible encontrar elementos que permitan identificarla y reconocerla como tal, independientemente de las distintas formulaciones que existan sobre ella.

En la fase histórica en la que nos encontramos, el concepto tiene diversas acepciones: la *jurisdicción* es considerada como un conjunto de atribuciones que posee un órgano estatal; es la demarcación de un territorio determinado; es un sinónimo de competencia; y es una potestad del Estado.[20] Entre todas éstas, hoy es ampliamente respaldada[21] la acepción según la cual *jurisdicción* es una manifestación de potestades y deberes del Estado frente a sus ciudadanos; dicho en otras palabras, el concepto de jurisdicción que hoy se sostiene es aquél que la considera como una *función estatal* o un *poder-deber del Estado*.

Como función estatal, la función jurisdiccional se ejercita a través de los órganos estatales constitucionalmente encomendados para ello. Éstos, por poseer tal calidad, gozan del *imperium*[22] derivado de la soberanía popular, lo que implica que pueden emplear la fuerza pública a través

---

configurar su ejercicio. *Cfr*. REQUEJO, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 34-38.

[20] *Cfr*. MONTERO, Juan. *Trabajos de derecho procesal.* Barcelona: Bosch, 1988, pp. 76-77; y COUTURE, Fernando. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1985, 3.ª edición. pp. 27-31.

[21] *Vid. Idem*, pp. 27-31, 40-41; MONROY GÁLVEZ, Juan. *Loc. cit.*; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción de Emilio Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, vol. 2. pp. 1-4.

[22] Por *imperium* se entiende la autoridad que se basa en sí misma, se ejerce sobre las personas y no reconoce ninguna jerarquía mayor dentro del derecho. Es una potestad que se ejercita sobre las personas y las cosas en nombre de la autoridad del Estado y eso induce a concederle a éste el carácter de titular de la soberanía. *Cfr*. la definición de los términos «imperio» e «*imperium*» en OMEBA (editor). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Driskill, 1990, vol. 14

del establecimiento de medidas coactivas para llevar a cabo la ejecución de sus propias decisiones en caso éstas no sean acatadas voluntariamente por los sujetos obligados.

El contenido y alcances de dicha función antes mencionados han sido objeto de diversas formulaciones que recogen, aunque con palabras distintas, sus caracteres esenciales. Entre todas ellas, hacemos nuestra la postulada por el profesor Juan Monroy Gálvez, para quien la jurisdicción es «[…] el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusva [sic] y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia».[23]

El concepto expuesto deja entrever tres elementos esenciales del acto a través del cual se manifiesta la jurisdicción: la forma en la que se materializa, su contenido y la función que representa.[24]

La *forma* son los elementos externos mediante los cuales se configura la jurisdicción, como los actos predeterminados por la ley para llevarla a cabo o la atribución legal a determinados órganos para efectuar esta función. Siendo la jurisdicción una función del Estado, ésta es realizada por los órganos a los que constitucionalmente se les asigna la misma.

---

[23] Monroy Gálvez, Juan. *Loc. cit*. Ciertamente, la definición de jurisdicción expuesta abarca no sólo aquello que expusimos como finalidad del proceso civil, sino aquello que constituye la finalidad del proceso en general. Por exceder el objeto de este trabajo, las otras finalidades del proceso expuestas en el concepto citado no serán desarrolladas aquí.

[24] Resulta interesante la propuesta que hace Eduardo Couture sobre la forma de enfrentar el contenido del concepto al disgregarlo en sus tres elementos esenciales. *Vid*. Couture, Fernando. *Op. cit.*, pp. 33-40.

El *contenido* de la jurisdicción es el conflicto puesto en conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, a través del *acto jurisdiccional* se realiza la función jurisdiccional, consistente en resolver conflictos de intereses de modo definitivo, aplicando el derecho correspondiente.[25]

El último elemento mencionado evidencia que la finalidad del proceso en general —la composición de los conflictos— es, asimismo, el objeto de la función jurisdiccional. Sin embargo, *proceso* y *jurisdicción* no tienen conceptos equivalentes, la relación que existe entre los mismos será explicada en acápites posteriores.[26]

2.2. La cosa juzgada como rasgo esencial de la función jurisdiccional

Son muchas las características que podrían definir a la jurisdicción; sin embargo, la necesidad de obtener una resolución definitiva del conflicto[27] evidencia que la característica esencial que posee la función jurisdiccional actuada a través de él es la garantía de que sus decisiones sean definitivas y no puedan, posteriormente, ser revisadas, modificadas, revocadas o variadas por cualquier otro órgano o sujeto.

En efecto, es pacífico en la doctrina señalar como rasgo primordial de la jurisdicción el carácter definitivo e irrevocable de la decisión, manifestado mediante la calidad de cosa juzgada.[28] Esto implica que lo decidido adquiere una situación que supone un vínculo de naturaleza jurídico-pú-

---

[25] La función jurisdiccional no se agota en la aplicación del derecho objetivo; en el ejercicio de aquélla, los órganos jurisdiccionales deben razonar los hechos puestos en su conocimiento y aplicar el derecho en función del caso concreto. *Cfr*. BONET, Ángel. *Op. cit.*, pp. 58-59.

[26] *Vid. infra*, capítulo I, acápite 2.3; y capítulo III, acápite 1.

[27] *Vid. supra*, capítulo I, acápite 1.1.

[28] *Vid.* entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 50; RAMOS, Francisco. *Op. cit.*, p. 139; y COUTURE, Fernando. *Op. cit.*, pp. 36, 43. Éste último señala que la cosa juzgada es la esencia de la jurisdicción y piedra de toque del acto jurisdiccional.

blica que obliga a los jueces a no fallar de nuevo sobre lo ya decidido, atendiendo a las garantías del proceso y a la seguridad jurídica.[29]

En este sentido, la cosa juzgada es el efecto que el ordenamiento jurídico otorga a las decisiones emitidas tras la actuación de la función jurisdiccional y la composición del conflicto, que implica que el fallo no pueda ser revisado, cuestionado, modificado, alterado o desconocido por otro órgano o sujeto, garantizando con ello la seguridad jurídica. Con razón se afirma que «[l]a cosa juzgada es la eficacia normativa de la declaración de certeza jurisdiccional; la cosa juzgada trunca y hace inútiles las discusiones acerca de la justicia o injusticia del pronunciamiento; la cosa juzgada vincula a las partes y a todo juez futuro; en virtud de la cosa juzgada, lo que está decidido es derecho. Todas estas proposiciones traducen en distintas formas la misma simple verdad que con intencionada insistencia verbal expresan conocidos brocardos latinos: que la cosa juzgada es un vínculo. Sobre este punto, están todos de acuerdo […]».[30]

La efectividad del ordenamiento jurídico perseguida a través del proceso, es decir, la vigencia real de las situaciones jurídicas reconocidas como dignas de tutela por el derecho sustancial, se garantiza a través del carácter definitivo que la función jurisdiccional imprime a las decisiones que ponen fin al conflicto. La tutela jurídica primaria contenida en el derecho sustancial es efectiva sólo si la tutela jurisdiccional prestada a través del proceso está revestida de una garantía que impide que cualquier actuación humana posterior pueda socavar la seguridad jurídica y poner en peligro el sistema en su conjunto.

2.3. El carácter instrumental del proceso y su relación con el ejercicio de la función jurisdiccional

La finalidad del proceso y el concepto de jurisdicción expuestos en los acápites anteriores revelan que *proceso* y *jurisdicción* son ideas correla-

---

[29] *Cfr.* Montero, Juan. *Op. cit.*, pp. 88-89.

[30] Allorio, Enrico. *Op. cit.*, pp. 130-131.

tivas[31] que, aunque estén referidas a fenómenos distintos, tienen una íntima relación[32] que revela la *función instrumental* que cumple el proceso: éste es el instrumento a través del cual el Estado actúa la función jurisdiccional para conseguir la tutela efectiva de las situaciones jurídicas reconocidas y protegidas mediante el derecho sustancial.[33] Sin el proceso, la función jurisdiccional no podría desplegarse[34] y realizar los cometidos que justifican su existencia.

El reconocimiento de la instrumentalidad del proceso evidencia que éste no tendría razón de ser si no existiese una tutela jurídica primaria cuya efectividad resguardar. Con el proceso, el Estado, en ejercicio de la función jurisdiccional, persigue hacer efectiva la tutela brindada mediante las normas de derecho sustancial, que deja de serlo cuando los sujetos obligados con dichas normas no las cumplen voluntariamente.[35] Por esta razón, entendemos, como Cândido Rangel Dinamarco, que la efectividad del proceso como instrumento «significa su ansiada aptitud para eliminar insatisfacciones, con justicia y haciendo cumplir el dere-

---

[31] Juan Montero Aroca va más allá de la correlatividad entre conceptos, al considerar que la actividad jurisdiccional y el proceso son una misma cosa, afirmando que «[…] fuera del proceso no se ejerce jurisdicción o, dicho de otra manera, que la jurisdicción sólo [se] actúa en el proceso». Montero, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1991, 2.ª edición, vol. 1. pp. 442-443, 458. También tienen esta opinión Miguel Fenech y Jorge Carreras, para quienes el proceso es siempre un proceso jurisdiccional, con base en el principio de unidad de función jurisdiccional. Fenech, Miguel y Jorge Carreras. *Op. cit.*, p. 41.

[32] *Vid.* Chiovenda, Giuseppe. *Op. cit.*, vol. 1, p. 2; Montero, Juan y otros. *Op. cit.*, p. 458; y Bonet, Ángel. *Op. cit.*, p. 54. El autor hace suya la opinión de Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz, expuesta en su *Tratado de Derecho procesal.* Madrid, 1952, tomo 1, p. 115.

[33] *Vid.* Priori, Giovanni. «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso». *Ius et Veritas.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, año 13, n.° 26, p. 279.

[34] *Ibidem*.

[35] Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra, 2007, p. 158.

cho, además de valer como medio de educación general para el ejercicio y respeto a los derechos y canal de participación de los individuos en los destinos de la sociedad, a efectos de asegurarles la libertad».[36]

La instrumentalidad del proceso no sólo es vista desde una perspectiva positiva —como capacidad de conducir a los propósitos buscados—, sino también desde una perspectiva negativa, que permite comprender que el proceso no es un fin en sí mismo y, por ello, las reglas que forman parte del ordenamiento jurídico procesal no tienen un valor absoluto e inalterable, sino que deben adecuarse a las finalidades perseguidas por aquél.[37]

La correspondencia entre proceso y jurisdicción nos lleva a postular una definición del primero que explica cómo la función jurisdiccional se actúa a través de él. Hacemos nuestra aquélla que lo considera como «el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos».[38]

3. Las reglas procesales y su relación con las formas, las formalidades y los formalismos procesales

La finalidad del proceso, en general, y del proceso civil, en particular, y su instrumentalidad con relación al ejercicio de la función jurisdiccional hacen necesaria una explicación sobre la forma como el derecho regula el proceso en función a dichas finalidades y sobre si existen o no de razones que lleven a calificar al derecho procesal como un derecho formal.

---

[36] Dinamarco, Cândido Rangel. *La instrumentalidad del proceso.* Traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas, 2009, p. 467.

[37] *Cfr. Idem*, p. 253.

[38] Monroy Gálvez, Juan. *Op. cit.*, p. 112.

No son pocos quienes afirman que existe una identidad entre regulación procesal y formas, formalidades y formalismos procesales; que el derecho procesal es un derecho netamente formal; y que el conjunto de normas procesales representa sólo formalismos y formalidades; y, por tanto, carecen de relevancia frente al derecho sustancial. Sin embargo, los conceptos señalados responden a realidades distintas que es preciso identificar y distinguir.

A continuación explicaremos qué se entiende por derecho procesal, cuál es su contenido y cómo puede ser clasificado, y cuál es el papel que, históricamente, representaron las formas en el proceso y la incidencia que tienen hoy en la distinción de los conceptos de *forma*, *formalidad* y *formalismo* procesales. Ello nos permitirá comprender cuál es el rol que hoy juegan estos conceptos en la regulación del proceso.

3.1. Concepto y contenido del derecho procesal

El derecho procesal es la disciplina jurídica que tiene por objeto de estudio la realidad procesal en toda su magnitud, es decir, el proceso como abstracción, como instrumento al servicio de la finalidad de componer un conflicto de intereses y como mecanismo de actuación de la función jurisdiccional.

Como toda disciplina jurídica, el derecho procesal está conformado por un conjunto de normas, principios e instituciones procesales creados, pensados e ideados para establecer una regulación acorde con su objeto de estudio.

La *norma procesal* es un tipo de norma jurídica que establece el modo en que los sujetos procesales (partes, terceros y órganos de auxilio judicial) deben llevar a cabo sus actuaciones y la forma en que la función jurisdiccional debe ser ejercida por los órganos estatales. La norma procesal se caracteriza por formar parte del derecho público,

ser imperativa[39] —salvo ciertas excepciones reguladas expresamente en cada legislación— e instrumental.

Los *principios procesales* son los postulados sobre los que se construye la teoría procesal. Son las verdades fundantes del sistema procesal, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido sometidas a comprobación y, además, por tener una utilidad práctica para el desarrollo del proceso. Los principios procesales describen y sustentan lo que, en esencia, es el proceso, formando parte del ordenamiento, aun cuando no han sido positivizados.[40] Pertenecen a esta categoría el principio de contradicción, el principio de cosa juzgada, el principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley, entre otros.

Por *institución procesal* se entiende el conjunto de conceptos fundantes que sirven de base a la teoría procesal.[41] Son ejemplos de instituciones procesales el litisconsorcio, la legitimidad para obrar, la capacidad para obrar, la competencia, la acumulación, la intervención, la prueba, la impugnación, la cosa juzgada, entre otras.

La existencia de normas, principios e instituciones procesales valida aquella afirmación que señala que el objeto del derecho procesal no está restringido al estudio de la norma procesal, aquél alcanza todas las instituciones que configuran universalmente el concepto de *proceso* como

---

[39] Sobre el grado de imperatividad de las normas y la diferencia entre normas de orden público y normas dispositivas, *vid*. Reale, Miguel. *Introducción al derecho.* Madrid: Ediciones Pirámide, 1993, 10.ª edición, pp. 95-99.

[40] Sobre la definición de *principio*, *vid*. *idem*, p. 147; y Monroy Gálvez, Juan. *Op. cit.*, p. 80.

[41] *Institución*, que proviene del latín *institutio*, significa «fundamento o cimiento de algo, establecimiento primordial de alguna cosa […] núcleo o centro fundamental de vida, de enseñanza o de doctrina […] en la literatura jurídica, se entiende por instituciones un núcleo de enseñanzas o de doctrina que es como el primer grado de ella, y por esto se aplica tal nombre a los trabajos u obras destinados a iniciar los estudios en la ciencia del derecho o en una rama de ella». Pallarés, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1966, 5.ª edición, p. 400.

una expresión única y homogénea.[42] Por este motivo, en lugar de denominar *normas procesales* a todos los elementos que conforman el derecho procesal, los denominaremos *reglas procesales,*[43] expresión que abarca las normas, los principios y las instituciones procesales.[44]

3.2. Clasificación de las reglas procesales

Es ampliamente reconocido que la ley, la costumbre y la jurisprudencia son fuentes de normas jurídicas.[45] Sin embargo, la realidad jurídica demuestra que estas fuentes —llamadas, tradicionalmente, *formales*— se originan, a su vez, en el conjunto de fenómenos sociales que contribuyen a formar una norma jurídica, manifestados en circunstancias de

---

[42] *Cfr*. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op. cit.*, pp. 52-53.

[43] «[…] el derecho procesal, [es] entendido como [el] conjunto de reglas que establecen los requisitos y los efectos de aquél [el proceso]». CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil. Op. cit.*, p. 81.

[44] La distinción entre *normas procesales* y *reglas procesales* radica en que, en el derecho procesal, los principios y las instituciones no necesariamente pueden ser calificados como normas jurídicas procesales; sólo lo serán si, trascendiendo la esfera doctrinal, son recogidas por una norma con fuerza obligatoria y eficacia en el ordenamiento jurídico-procesal. Ello, sin embargo, no significa que no formen parte del derecho procesal. En el mismo sentido de lo expuesto, Francesco Carnelutti señala que las reglas procesales no siempre se manifiestan como especies de normas jurídicas pues, como el derecho en general, el derecho consta de normas y mandatos; sin embargo, como la norma procesal es su objeto principal, se suele entender que el derecho procesal es el conjunto de normas procesales. *Vid.* CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil. Op. cit.*, p. 82. Sobre la ley como fuente principal de normas procesales, *vid.* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, vol. 1, pp. 14-15. Sobre la negación de la costumbre como fuente de derecho procesal, *vid.* CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil. Op. cit.*, pp. 93-94 y PRIETO-CASTRO, Leonardo. *Derecho procesal civil*. Madrid: Tecnos, 1989, 5.ª edición, p. 499. Cabe meditar sobre si los principios e instituciones procesales sin fuerza vinculante en el proceso, pueden ser considerados normas jurídicas en otras disciplinas y/o mecanismos similares (como el arbitraje).

[45] No se considera dentro de este grupo a la doctrina, en tanto ésta no es fuente productora de normas con fuerza obligatoria. REALE, Miguel. *Op. cit.*, pp. 142-143; y MONROY CABRA, Marco. *Introducción al derecho*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994, 9.ª edición, p. 108.

diverso tipo como la existencia de ideales y convicciones de un grupo humano que se gestan en una época determinada y cuya actuación, por inercia, justifica su regulación a través de una norma jurídica; la adecuación de normas extranjeras que regulan situaciones similares a las de la realidad social que las incorpora en su derecho; los intereses particulares del poder gobernante vigente en función de su inclinación política, entre otras situaciones similares.[46]

Las reglas procesales no son ajenas a la constatación anterior.[47] Es objeto de este acápite desarrollar las principales circunstancias que dan origen a las reglas procesales, que son, a nuestro entender, dos: i) la experiencia jurídico-procesal desplegada en torno al proceso y desarrollada por la doctrina procesal; y ii) la creación legislativa no originada en un desarrollo doctrinal precedente.

3.2.1. Reglas procesales originadas en la experiencia jurídico-procesal

La primera —y principal— fuente de reglas procesales es la experiencia jurídico-procesal, es decir, aquella realidad que se presenta con el desenvolvimiento del proceso y en el desarrollo de las diversas situaciones y relaciones jurídicas procesales que se materializan en datos que son estudiados para poder formar, desarrollar y producir reglas procesales.[48] La esencia del método del derecho procesal consiste en observar los datos de la realidad procesal y las conductas humanas que pertenezcan a esa categoría, pues el entendimiento de esos datos da paso a la creación de las figuras jurídicas procesales.[49]

---

[46] *Vid*. Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho.* México, D.F.: Porrúa, 1977, 4.ª edición, p. 173.

[47] En el ámbito procesal, Jaime Guasp señala que la naturaleza humana es fuente de reglas procesales, siendo ejemplo de estas las que establecen el acceso a la jurisdicción, el derecho de contradicción, el trato igualitario entre las partes, entre otros. *Vid.* Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, 3.ª edición, vol. 1. p. 43.

[48] Sobre el concepto de experiencia jurídica, *vid.* Recaséns Siches, Luis. *Op. cit.*, pp. 50-82.

[49] *Cfr*. Guasp, Jaime. *Op. cit.*, pp. 36-37.

Siendo el proceso una construcción jurídica ideada para hacer efectivas las situaciones jurídicas tuteladas por el ordenamiento jurídico, las reglas procesales no parten necesariamente —como las normas de derecho sustancial— del dato extrajurídico, sino que lo hacen de una experiencia jurídica, aquélla que se presenta en el proceso como instrumento al servicio de una finalidad y como mecanismo de actuación de la función jurisdiccional. Los hechos materia de las reglas procesales son, de este modo, aquéllos que surjan en esta realidad procesal compositiva de conflictos, siendo luego estudiados para crear las consecuencias jurídicas que mejor los regulen.

Lo anterior permite comprender que el cauce natural de la experiencia procesal hacia la creación de reglas procesales es el desarrollo doctrinal, aquél que se origina en el conjunto de ideas u opiniones comúnmente profesadas por la mayoría de los estudiosos que han escrito sobre el proceso, su finalidad y la actividad que se desarrolle en torno a él.[50] La doctrina construye los esquemas teóricos que determinan la forma bajo la cual deben producirse reglas procesales válidas; éstos explican el sentido y significado de éstas y establecen los modos en que pueden ser combinadas para elaborar figuras, instituciones y sistemas jurídicos.[51]

Dentro de los innumerables datos que pueden ser extraídos de la experiencia jurídico-procesal, existen algunos que son comunes a todas las manifestaciones del proceso y tienen una pretensión de universalidad, lo que hace que sean adoptados como parte de una teoría general.

La *teoría general del proceso* es la disciplina que tiene por objeto el estudio de todos aquellos elementos comunes a las diversas manifestaciones del proceso, considerado como ente abstracto al servicio de la finalidad

---

[50] Sobre el concepto de doctrina, *vid.* Real Academia Española (RAE). *Diccionario de la lengua española*, 22.ª edición. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=doctrina.

[51] Sobre el concepto de doctrina, *vid.* Reale, Miguel. *Op. cit.*, p. 143.

compositiva de conflictos y la eficacia plena del derecho sustancial.[52] Teoría general del proceso es, de este modo, «un sistema de conceptos y principios elevados al grado máximo de generalización útil, y condensados inductivamente a partir de la confrontación de las diversas ramas del derecho procesal [...] Por esto mismo, tiende a la universalización, superadas las limitaciones espacio-temporales del derecho positivo».[53]

El contenido y alcances de la teoría general del proceso evidencian que el conjunto de reglas procesales que forman parte de ésta no son relativas a una legislación procesal determinada, sino que gozan de un reconocimiento universal[54] en la medida que unifican un conjunto de conceptos altamente generalizados y extraídos de la experiencia misma del proceso —principal fuente de datos—,[55] para ser luego aplicadas sea cual fuese la forma en que el proceso se manifieste.

En tanto la realidad jurídico-procesal gira en torno al proceso entendido como un instrumento al servicio de su finalidad y como un mecanismo de actuación de la función jurisdiccional, la teoría general del proceso desarrolla reglas procesales que responden adecuadamente a cada una de estas realidades. Así, por ejemplo, las reglas que tienen por objeto la actuación probatoria se desarrollan inspiradas en el proceso como mecanismo de resolución de conflictos, mientras que las reglas sobre competencia de

---

52 Sobre el concepto de teoría general del proceso, *vid.* Monroy Gálvez, Juan. *Op. cit.*, pp. 52-53.

53 Dinamarco, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 94.

54 «No importa la existencia de grandes diferencias entre los diversos sistemas procesales del mundo contemporáneo que constituyen resultantes históricas, culturales y políticas de fenómenos y estructuras dotadas de mayor amplitud […] Ni estas diferencias ni las que se ven entre los sistemas y la cultura procesales de miembros de la misma familia […] serían suficientes para debilitar esta madurez, caracterizada por el encuentro de todos en torno a ciertas ideas comunes, como la propia autonomía del derecho procesal y sus institutos […] el *due process of law* y la efectividad del proceso con la real y equilibrada participación contradictoria de los sujetos interesados». *Idem*, pp. 24-26.

55 *Idem*, p. 97.

los órganos jurisdiccionales se desarrollan atendiendo a la función jurisdiccional que se desenvuelve en él.

3.2.2. Reglas procesales surgidas de la creación exclusivamente legislativa

La segunda fuente que da origen a las reglas procesales es la creación estrictamente legislativa, es decir, aquélla que no proviene de un desarrollo doctrinario previo realizado en torno a la realidad procesal, sino de la organización política de un Estado y de las necesidades específicas de su pueblo. A diferencia de las reglas originadas en la experiencia jurídico-procesal y recogidas por la teoría general del proceso, las creaciones del legislador provienen de las demandas propias y particulares de la organización política a la que representa; y, por tanto, no contienen reglas de reconocimiento universal.

Las creaciones típicas del legislador que no provienen de un desarrollo doctrinal son los modos, los plazos y las formalidades particulares que sólo existen si una legislación les da tal existencia —diferenciándose de las reglas surgidas en la experiencia jurídico-procesal, que tienen vocación de universalidad—. Asimismo, estas reglas siempre serán normas procesales de obligatorio cumplimiento en el Estado emisor, a diferencia de las originadas en la experiencia procesal, que pueden no llegar a serlo.[56]

Entre las reglas surgidas de la creación legislativa destacan los plazos de diverso tipo: el plazo para presentar una demanda, el plazo para cuestionar una decisión judicial a través de un medio impugnatorio o el plazo para emitir un pronunciamiento judicial. Ciertamente, la cantidad de días con que cuentan los sujetos procesales no es una regla universal, sino una particular creada por decisión de un órgano legislativo determinado.

Otros ejemplos de reglas procesales creadas en una legislación particular son aquéllas que señalan la forma de presentación de los escritos,

---

[56] *Vid. supra*, nota 44.

el contenido formal de los pronunciamientos judiciales, los juramentos que debe emitir un testigo antes de prestar su declaración, entre otras.

3.3. Relación entre formalidades, formalismos y reglas procesales

Conocida nuestra clasificación de las reglas procesales basada en las circunstancias que les dan origen, corresponde desarrollar cuál es el papel que históricamente tuvo el concepto de forma en el proceso y la incidencia que tiene hoy en la distinción de los conceptos de *forma*, *formalidad* y *formalismo* procesales, para aplicarlos luego a las reglas procesales según la clasificación expuesta y dilucidar cuál es la conexión que existe entre todas ellas.

3.3.1. Desarrollo histórico del formalismo procesal y su configuración actual

Los orígenes del formalismo procesal se sitúan en el derecho romano. El formalismo más primitivo se manifestó en la antigua Roma a través de las *legis actiones*, acciones caracterizadas por la imposición de fórmulas verbales y ritos solemnes que daban inicio al proceso y cuyo pronunciamiento erróneo por las partes tenía como consecuencia la pérdida de la causa. Esta rigurosidad se explicaba en la visión religiosa que imperaba en esa época y en la finalidad de limitar conductas revoltosas e innecesarias de los litigantes, controlando tendencias prematuras a ejercer una justicia *natural*.[57]

El formalismo exacerbado y primitivo de las *legis actiones* sufrió una transformación a partir de la segunda mitad del siglo II a. de C., con el surgimiento del *proceso formulario.* En este periodo, la evolución de la sociedad romana y el surgimiento de necesidades prácticas terminaron por socavar las bases del sistema formalista representado en las *legis actiones*, dando paso a nuevas e innumerables *fórmulas*, menos rígidas que sus an-

[57] *Cfr*. Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Del formalismo en el proceso civil. (Propuesta de un formalismo-valorativo)*. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra, 2007, pp. 40-42, 47.

tecesoras, elaboradas para cada relación jurídica y actuadas a través de un proceso más flexible que su predecesor. Esta tendencia a la flexibilización de las fórmulas continuó durante la fase del proceso de la *cognitio extra ordinem*, en donde los procesos comenzaron a resolverse en una sola fase, simplificándose con relación al anterior.[58]

Con la llegada del siglo xiii, la configuración del derecho procesal incipiente, que existía hasta ese entonces, cambió sustancialmente por la influencia del derecho canónico. El *proceso romano-canónico* existente en esta época estuvo caracterizado por el carácter privado de la jurisdicción; el formalismo existente era un formalismo convencional, exagerado, dominado por el sistema escrito, aunque se distanciaba de los formalismos antecesores en su carácter racional, no fundamentado en cuestiones mágicas o divinas.[59]

El *proceso común-alemán* es, sin embargo, el ejemplo más acabado de formalismo racional, caracterizado por su desapego de la publicidad y oralidad y por su apego excesivo a las formas previstas en la ley, al punto tal que un error en la forma preestablecida significaba —como en la *legis actiones*— la pérdida de la causa.[60]

Dejando atrás la fase privatista del derecho procesal, se abrió paso la llamada *fase procedimentalista*, en donde la sucesión de formas establecidas debía ser cumplida por los sujetos que reclamaban tutela para poder obtener ésta, y debía ser observada por los órganos encargados de llevar a cabo la resolución del conflicto.[61]

A partir de la segunda mitad del siglo xix, el inicio del estudio científico del derecho procesal dio pie, a su vez, a la *fase instrumentalista* que,

---

58 *Vid*. Ortego Gil, Pedro. *Loc. Cit.*; y Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 50-56.

59 *Idem*, pp. 64-65.

60 *Idem*, pp. 69, 71.

61 *Idem*, p. 21; y Montero, Juan y otros. *Op. cit.*, p. 460.

dejando atrás el enfoque netamente técnico del proceso, se caracterizó por la búsqueda de su efectividad como instrumento para la realización del derecho objetivo.

Es, sin embargo, con la relevancia que adquieren los derechos fundamentales en la segunda mitad del siglo xx que cambia el rol que hasta ese momento habían tenido las formas en el proceso. Al asumir los derechos fundamentales un rol fundamental en la regulación del proceso, las formas y formalidades procesales comienzan a ser defendidas siempre que no pongan en riesgo el goce efectivo de dichos derechos. La técnica procesal pasa a ocupar un segundo plano, siendo únicamente el medio para alcanzar la finalidad del proceso.[62]

La evolución de las formas en el proceso a lo largo de la historia evidencia que la exigencia de formalismos (fórmulas rígidas y solemnes) fue disminuyendo progresivamente gracias a diversos factores como la evolución misma de la sociedad, el inicio del estudio científico del proceso de modo autónomo al derecho sustancial y el inicio de una era en la que los derechos fundamentales comenzaron a jugar un rol preponderante como garantía de la limitación de los poderes estatales y la defensa de la libertad individual. Si bien el formalismo dominó gran parte del pensamiento procesal a lo largo de los siglos, hoy está siendo dejado de lado progresivamente.

3.3.2. Distinción entre forma, formalidad y formalismo procesal

El desenvolvimiento histórico de las formas en el proceso ha sido objeto de numerosos estudios destinados a determinar la incidencia real que aquéllas tienen en la realidad procesal. Estos estudios han permitido distinguir los fenómenos que pueden originarse en la realidad jurídico-procesal, denominándolos *forma, formalidad* y *formalismo* procesales.

La *forma* de un acto es la manera como éste adquiere realidad; es el conjunto de signos mediante los cuales una voluntad se manifiesta; es

---

62 *Cfr*. Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 22-23.

el modo como un acto se exterioriza.[63] Se dice que la realidad jurídica precisa de una forma y que todas las manifestaciones del derecho están sometidas a una, siendo ésta garantía de certidumbre jurídica.[64]

La definición de forma evidencia que los actos procesales no son los únicos que deben realizarse bajo la forma establecida por la ley; ciertamente, las declaraciones de voluntad también deben formularse bajo las formas establecidas en el derecho privado para que puedan tener efectos jurídicos. Por ello, se afirma[65] que la forma no es un concepto limitado al derecho procesal; la forma está presente en diversos actos jurídicos, públicos y privados, y, por ende, se extiende a otras disciplinas jurídicas.

La *formalidad* se refiere a una situación distinta. Ésta representa el conjunto de condiciones de modo, lugar y tiempo bajo las cuales un acto procesal debe llevarse a cabo, de modo tal que el ejercicio de los poderes de los sujetos procesales quede debidamente delimitado. Las formalidades son las condiciones bajo las cuales un acto debe ser exteriorizado; es decir, no es la exteriorización misma —la forma que adopta—, sino las circunstancias bajo las cuales debe exteriorizarse el acto procesal. *Forma* y *formalidad* responden, así, a fenómenos jurídicos distintos.[66]

Como consecuencia de esta distinción entre *forma* y *formalidad* es posible encontrar un acto procesal que deba ser realizado en una forma específica, pero sin estar sometido a condiciones de modo y lugar —p. ej. declarar verbalmente como testigo—, así como es posible estar frente a un acto procesal que, además de manifestarse bajo la forma determinada por ley, esté sometido a determinadas condiciones —p. ej., declarar como testigo en una audiencia señalada para tal efecto, en un periodo de tiempo limitado y manifestando previamente un juramento a la verdad—.

---

63 *Cfr*. Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 27-28.
64 *Cfr*. Bonet, Ángel. *Op. cit.*, p. 197.
65 *Idem*, pp. 184-185.
66 *Cfr*. Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 29.

Finalmente, el *formalismo* es un concepto que parte de la existencia de los anteriores y se refiere a la defensa exacerbada de las formas y las formalidades establecidas para la realización de los actos procesales y la exaltación en su cumplimento riguroso. El formalismo es la atención preponderante que se tiene sobre dichas formalidades, que puede llevar, incluso, a olvidar sus funciones y la finalidad del proceso que se pretende resguardar con aquéllas. Los formalismos pueden estar contenidos en las leyes, pero también pueden ser fruto de la práctica procesal.[67]

La *forma*, la *formalidad* y el *formalismo* son conceptos que responden a realidades distintas dentro de un proceso, aunque todos ellos comparten un pasado común que explica su existencia y justifica su distinción.

3.3.3. Diferencia entre reglas procesales y formalidades procesales

Vistas las definiciones de formalidad procesal y de regla procesal señaladas en el acápite precedente, concluimos que ambas denominaciones no responden a un mismo fenómeno. De este modo, pueden existir reglas procesales que establezcan formalidades procesales y reglas procesales que no establezcan formalidad alguna. Así, toda formalidad procesal es una regla procesal, pero no toda regla procesal comporta una formalidad procesal.

Afirmar que el derecho procesal es un derecho meramente formal y que las reglas procesales que lo conforman siempre contienen formalidades es exagerar la función instrumental que tiene, de dar efectividad a los

---

[67] *Cfr*. Bonet, Ángel. *Op. cit.*, pp. 194, 195, 213-222. Alguno se ha distanciado del concepto de formalismo expuesto, señalando que el que hemos desarrollado responde al fenómeno denominado *formalismo excesivo*. Bajo esta perspectiva, el formalismo se refiere a la imposición del conjunto de formas y formalidades necesarias para organizar la actividad procesal y la imposición de poderes, facultades y deberes a los sujetos procesales, todo con miras a garantizar la limitación de los poderes del órgano jurisdiccional. *Vid.* Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 31. Sin embargo, hacemos nuestra la definición ampliamente aceptada del término, que considera al formalismo como una defensa exagerada de las formas y formalidades impuestas sin observar las finalidades que las justifican.

derechos sustanciales y desconocer que, como toda disciplina jurídica, existen reglas procesales que establecen condiciones de modo y tiempo bajo las cuales deben realizarse los actos procesales, pero también existen aquéllas que tienen un contenido distinto y, en muchos casos, propio del derecho sustancial.

El proceso es un instrumento al servicio de la finalidad de hacer efectiva la tutela perseguida por todo ordenamiento jurídico. Pero el proceso no es meramente un instrumento. Como ente en sí, posee materia y formas propias, independientes de la materia y forma del derecho sustancial.[68] De este modo, las reglas procesales no son reglas huecas, formas cuyo contenido puede ser luego hallado en el derecho sustancial; las reglas procesales tienen sus propios contenidos en función de su finalidad y de principios políticos, jurídicos y sociológicos que inspiran al derecho procesal.[69]

Tanto el derecho sustancial como el procesal poseen aspectos de fondo y de forma; por ello, las reglas procesales pueden ser productoras de formalidades procesales al regular procedimientos extrínsecos y precisar las actividades de los sujetos procesales,[70] pero también pueden ser productoras de contenido sustancial como, por ejemplo, aquéllas que disponen el trato igualitario de las partes, que permiten ejercer a ambas partes su derecho de defensa, o que garantizan la efectividad de la decisión que resuelve el conflicto.[71]

Nuestra clasificación de las reglas procesales[72] permite comprender que aquéllas que son fruto de una creación exclusivamente legislativa, representan, en todos los casos, formalidades establecidas por el Po-

---

68 Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 156-157.

69 *Cfr.* Bonet, Ángel. *Op. cit.*, p. 179.

70 *Cfr.* Monroy Gálvez, Juan. *Op. cit.*, p. 157.

71 Sobre la incidencia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en la producción de reglas procesales con contenido sustancial, *vid. infra*, capítulo I, acápite 4.3.

72 *Vid. supra*, capítulo I, acápite 3.2.

der Legislativo; sin embargo, aquéllas surgidas de la experiencia jurídico-procesal no necesariamente lo son. Es este último caso, las reglas originadas en la práctica procesal pueden representar una formalidad, pero también pueden comprender una disposición con un contenido acorde con su finalidad.

3.3.4. Diferencia entre reglas procesales y formalismos procesales. Situaciones en las que la defensa de la formalidad no representa un formalismo procesal

Hemos señalado que el formalismo es la defensa exacerbada de las formalidades impuestas para la realización de determinados actos procesales y la exigencia de su cumplimiento sin observar la finalidad perseguida con aquéllas. Existen, sin embargo, casos en los que la defensa de una formalidad garantiza la consecución de la meta perseguida con su establecimiento; y, por ello, el derecho procesal exige su observancia. En estos escenarios no se trata de una defensa irracional de la formalidad que pueda ser acusada de formalista, en la medida que es la finalidad perseguida con ella lo que justifica la exigencia de su cumplimiento.

El derecho procesal no es, por lo anterior, un *derecho formalista*. La injusticia de esta acusación se origina, en primer lugar, al considerar que todas las reglas procesales establecen formalidades procesales; y, en segundo lugar, en confundir los conceptos de *formalidad* y formalismo y entenderlos como sinónimos de una misma realidad.

Hemos explicado ya que no todas las reglas procesales contienen formalidades procesales. Sin embargo, esto es insuficiente para librar al derecho procesal del velo formalista que lo cubre injustamente. Es necesario, además, explicar en qué casos las formalidades establecidas deben ser defendidas en el ordenamiento jurídico sin que su defensa sea acusada de formalista.

Consideramos que son tres los motivos que justifican la defensa de las formalidades y que demuestran que, en determinados casos, su exigencia no es una *manía perfeccionista alejada de la realidad*.[73]

El primer lugar, siendo el proceso una sucesión de actos destinados a la consecución de una finalidad, la existencia de formalidades procesales es consustancial a él.[74] El proceso, como creación jurídica, debe, inevitablemente, estar sometido a determinadas reglas que señalen qué actos lo conforman, qué forma deben tomar éstos, cuándo y dónde deben ser realizados y qué tiempo deben perdurar.

Sin la delimitación de las condiciones necesarias para llevar a cabo la actividad procesal destinada a la resolución del conflicto, las actuaciones procesales no tendrían rumbo alguno y jamás podrían llevar a un resultado y, menos aún, a la concreción de una finalidad.

El segundo lugar, las formalidades procesales están justificadas en aquellos casos en los que tiene por objeto establecer las condiciones bajo las cuales los órganos jurisdiccionales deben ejercer la función encomendada. Siendo el órgano estatal un órgano que actúa en función de un poder derivado de la soberanía popular, se hace necesaria una regulación de sus actuaciones[75] que establezca cómo dichos órganos deben actuar las funciones que les han sido atribuidas, posibilitando con ello una limitación adecuada de los poderes delegados y un control posterior de su actuación.

La ausencia de formalidades con relación a la actuación estatal podría ocasionar que los órganos jurisdiccionales, investidos del poder que ostenta, lleven a cabo actos arbitrarios que, sin tener límite alguno, ge-

---

73 *Cfr*. BONET, Ángel. *Op. cit.*, p. 183.

74 *Vid.* DOS SANTOS, José Roberto. *Efectividad del proceso y técnica procesal.* Traducción de Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez. Lima: Communitas, 2010, pp. 60-64; y DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 220.

75 *Vid.* BONET, Ángel. *Op. cit.*, p. 186.

neren un efecto diametralmente opuesto a la finalidad perseguida mediante el proceso. Es por esta razón que se afirma que «El formalismo procesal […] [t]iende a evitar la arbitrariedad consciente y la injusticia inconsciente, formulando reglas que limitan la libre actividad del juez, para obviar los graves peligros que dimanan del propio temperamento desarrollado sin reatos. […] Suprimir este principio es suprimir el derecho procesal y dejar librada la suerte de la justicia a la voluntad individual de un hombre, humano y falible, aunque se llame juez».[76]

Finalmente, la tercera razón que justifica la defensa de determinadas formalidades es la existencia de garantías procesales derivadas del reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En este caso, la defensa de la formalidad está justificada si con ella se pretende resguardar el acceso a la jurisdicción, el derecho de defensa, el derecho a que se emita una resolución fundada en derecho, y, además, el derecho a que dicha decisión tenga efectividad real en el ordenamiento jurídico.[77]

Las circunstancias anotadas se desprenden de la función instrumental del proceso explicada en acápites anteriores,[78] pues vista desde una orientación negativa, la instrumentalidad del proceso hace comprender que éste no es un fin en sí mismo y por ello, las formalidades procesales no tienen un valor absoluto, sino que deben adecuarse a las finalidades perseguidas por aquél. La armonización de esta perspectiva con la positiva —aptitud de conducir al fin al cual sirve— posibilita el

---

[76] Podetti, José Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil.* Buenos Aires: Ediar, 1963, pp. 116-117. También tiene esta opinión Cândido Rangel Dinamarco, para quien el procedimiento vale como garantía de la legalidad en el ejercicio del poder, pues mediante la ley que lo regula se modelan los actos del proceso, la secuencia en que deben ser efectuados y el modo en que deben relacionarse entre sí, disciplinando el ejercicio del poder y garantizando que el procedimiento realizado para cada caso concreto sea el preestablecido para todos. *Cfr*. Dinamarco, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 215.

[77] Sobre los alcances del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y la influencia de éste en la regulación procesal, *vid. infra*, acápite 4.

[78] *Vid. supra*, capítulo I, acápite 2.3.

establecimiento de reglas procesales que procuran la realización de la función jurisdiccional y de todos los actos necesarios para componer el conflicto, debiendo ser observadas siempre que con ellas se persiga y consiga la efectividad de la tutela de las situaciones jurídicas.

En consecuencia, la defensa de aquellas formalidades que no se fundamenten en los motivos antes expuestos debe ser considerada como un formalismo procesal, atendiendo a que dicha defensa no tendrá una finalidad cierta, sino más bien será la defensa exacerbada de una formalidad que debe ser dejada de lado atendiendo a su función y a la finalidad del proceso que se pretende resguardar.

Si confrontamos la distinción entre formalidad y formalismo con la clasificación desarrollada anteriormente,[79] comprenderemos que las formalidades nacidas de una creación exclusivamente legislativa pueden estar justificadas o no en uno de los motivos antes expuestos; si no lo están y aun así se defiende su aplicación irrestricta, ello podrá ser calificado como un formalismo procesal. Asimismo, aquellas formalidades que surjan de la experiencia jurídico-procesal pueden estar justificadas o no sólo en este último caso representarán formalismos procesales.

Con base en lo anterior se puede concluir que no toda regla procesal representa una formalidad y no toda formalidad representa un formalismo, sólo lo es aquél que se distancia irracionalmente de los motivos que fundamentan la defensa del aspecto formal del proceso. La distinción entre derecho procesal, reglas procesales, formas procesales, formalidades procesales y formalismos procesales ha quedado, de este modo, zanjada, siendo objeto de estudio de los siguientes capítulos las clases de reglas procesales que pueden ser aplicadas al arbitraje sin que socaven la lógica y ventajas propias de dicha institución, no sin antes explicar la influencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la regulación antiformalista del proceso.

---

[79] *Vid. supra*, capítulo I, acápite 3.2.

4. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y su influencia en la regulación antiformalista del proceso

En el acápite 3 del presente capítulo distinguimos las figuras de *forma*, *formalidad* y *formalismo* procesales con la finalidad principal de evidenciar que el derecho procesal no es un derecho formal o, en todo caso, no lo es en el sentido de ser una disciplina dirigida exclusivamente al establecimiento de formalidades o formalismos procesales.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva —principal derecho que inspira el derecho procesal— también ha coadyuvado con dicha finalidad, al influir decisivamente en el establecimiento de un derecho procesal antiformalista que garantice el goce efectivo de este derecho fundamental.

En este punto desarrollaremos los alcances del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y explicaremos, en la parte final de este capítulo, cuál es la incidencia que ha tenido en el establecimiento de reglas procesales que se aboquen a defender, antes que las formalidades que ellas pueden establecer, la finalidad que con su cumplimiento se persigue, que no es otra que la composición del conflicto, pero bajo unos parámetros de actuación que satisfagan adecuadamente las garantías reconocidas constitucionalmente.

4.1. Definición del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto a acceder a un órgano que ejerza función jurisdiccional para solicitarle tutela sobre determinada situación jurídica; es el derecho a que el órgano jurisdiccional actúe a través de un proceso dotado con las mínimas garantías; es el derecho a que dicho órgano emita una resolución fundada en derecho; y, finalmente, es el derecho a que dicha decisión tenga efectividad real.[80]

---

[80] *Cfr*. Priori, Giovanni. *Op. cit*., pp. 289-291.

Este derecho es uno de los derechos fundamentales[81] de más amplio reconocimiento,[82] puesto que su finalidad es revestir a los justiciables de todas las garantías necesarias para la satisfacción plena de sus derechos, limitando la actuación desplegada por el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales y garantizando así la paz social en justicia.

La existencia del derecho en mención se justifica en el hecho mismo de que hay seres humanos, conflictos entre ellos y demandas de soluciones justas que no pongan en peligro la paz social. Por ello, con mucho acierto, se afirma que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene el carácter de fundamental, «[…] toda vez que el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva es consecuencia de la propia existencia de los derechos y, de este modo, la contrapartida a la prohibición de autotutela. El derecho a la prestación jurisdiccional es fundamental para la propia efectividad de los derechos, toda vez que estos últimos, frente a situaciones de amenaza o agresión, siempre dependen de su plena realización. No es por otro motivo que el derecho a la prestación

---

[81] El carácter fundamental del derecho supone dos dimensiones del mismo: una subjetiva, que garantiza la esfera individual del sujeto; y una objetiva, que vincula a todos los poderes públicos de forma directa e inmediata. Asimismo, es exigible independientemente de la existencia de una norma legal que así lo disponga, impone la obligación a los jueces de inaplicar cualquier disposición legal que se le oponga, entre otros efectos. *Vid. Ibidem*; Figueruelo, Ángela. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 51-52; González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 2001, 3.ª edición, pp. 25-26; y Bustamante, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores, 2001, pp. 236-251.

[82] En el ordenamiento jurídico internacional encontramos numerosos textos que establecen, bajo fórmulas distintas (*debido proceso - due process of law*), el núcleo del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Así, tenemos los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; los artículos 18 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950; los artículos 2(3)(a) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1979.

jurisdiccional efectiva ya fue proclamado como el más importante de los derechos, precisamente, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos».[83]

Importa resaltar la equiparación que muchas veces se efectúa entre *el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* y *el derecho a un debido proceso*.[84] Sin embargo, se tratan de derechos distintos[85] aunque íntimamente relacionados. El derecho a un debido proceso puede definirse como el derecho fundamental de carácter instrumental conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos se vean afectados por la insuficiencia o ausencia de un proceso o por cualquier sujeto que pretenda hacer uso abusivo de dichos derechos.[86]

Los contenidos de ambos derechos evidencian elementos comunes entre ellos. Al igual que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho al debido proceso también está constituido por las garantías mínimas del derecho de defensa, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y el derecho a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales.[87] Existen, no obstante, diferencias fundamentales que derivan del hecho de que ambos derechos se originaron en tradiciones jurídicas diferentes.[88]

---

83 Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, pp. 226-227.

84 La relevancia de conocer el contenido del derecho al debido proceso y su conexión con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva radica en que ha sido ampliamente reconocida la exigencia del primero en toda actividad arbitral. Este punto será desarrollado en el capítulo iii, acápite 1.4.

85 En el ordenamiento jurídico peruano, el artículo 139(3) de la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un debido proceso.

86 *Vid*. Bustamante, Reynaldo. *Op. cit.*, p. 251.

87 Sobre el conjunto de derechos que forman parte del derecho al debido proceso, *vid. idem*, pp. 214-215.

88 El derecho al debido proceso, al originarse en la tradición jurídica del *common law*, se configura en función de los pronunciamientos jurisdiccionales, evolucionando y llenándose de contenido a partir de estos. Por su lado, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se origina en la tradición jurídica romano-germánica, por lo que su desarrollo y

El derecho al debido proceso posee un contenido amplio atendiendo a que es aplicable a ámbitos jurisdiccionales y no jurisdiccionales,[89] mientras que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene un contenido ideado en función de que el ámbito en el que se aplica es aquél donde interviene la función jurisdiccional.[90] En consecuencia, no se trata de un sólo derecho con dos denominaciones, sino de dos derechos que deben ser aplicados según sea el caso que los demande.

4.2. Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

La importancia que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva posee en toda sociedad civilizada debe reflejarse en su contenido, de modo tal que sean materia de su regulación todas aquellas situaciones que garanticen la consecución de la finalidad del proceso. Por tal motivo, diversos estudiosos en la materia han concluido que el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva lo conforman otros derechos que responden a cada fase del desarrollo del proceso.[91] Éstos son el derecho a acce-

---

configuración parten del desarrollo doctrinario que se produzca en torno a su trascendencia en el ordenamiento jurídico, el cual es recogido en las normas y aplicado posteriormente por los jueces al caso concreto. *Cfr*. Priori, Giovanni. *Op. cit*., pp. 286-287.

89 El derecho al debido proceso es un derecho aplicable no sólo a una instancia jurisdiccional, sino que va más allá de esa situación concreta y abarca instancias como la administrativa, donde a pesar de no existir un pronunciamiento jurisdiccional con las características que ello conlleva, existe un pronunciamiento sobre una discrepancia que hay que resolver y, como tal, debe exigirse mínimas garantías que eviten que el administrado decida hacer justicia por mano propia.

90 *Vid.* Bustamante, Reynaldo. *Op. cit*., p. 185.

91 Jesús Gonzáles Pérez señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva despliega sus efectos en tres momentos distintos: el primero se presenta al acceder a la justicia; el segundo se presenta dentro del proceso, garantizando la defensa y la obtención de un fallo en un tiempo razonable; y el tercer momento se presenta una vez dictada la sentencia, garantizando la plena efectividad de la misma. Por su lado, Luiz Guilherme Marinoni afirma que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva engloba tres derechos: i) el derecho a una técnica procesal adecuada (norma procesal); ii) el derecho de participar a través del procedimiento adecuado; y iii) el derecho a obtener una respuesta jurisdiccional. Finalmente, Ángela Figueruelo, Francisco Chamorro Bernal y Giovanni Priori recogen la clasificación de los dere-

der al órgano jurisdiccional, el derecho de defensa, el derecho a obtener una decisión fundada en el derecho y el derecho a que las decisiones jurisdiccionales sean ejecutadas.

4.2.1. El derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales

El derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales es el derecho de todo ciudadano a gozar de las condiciones necesarias para que éste pueda presentar, ante un órgano jurisdiccional, una solicitud de tutela jurisdiccional.

La existencia de este derecho parte de la premisa que el empleo del uso de la fuerza para solucionar los conflictos de intereses está proscrito en el ordenamiento jurídico, y tiene como objeto garantizar que todo sujeto que se sienta vulnerado en sus derechos cuente con una herramienta a la que pueda acceder efectivamente de modo sencillo y en condiciones de igualdad con los demás para que pueda reclamar la tutela que considere oportuna.

El derecho en mención implica la posibilidad de formular cualquier tipo de pretensión, sea cual fuese su fundamento u objeto, y también que los requisitos procesales que el justiciable deba cumplir sean siempre interpretados del modo más favorable para su admisión, dando la posibilidad de subsanar cualquier defecto antes que rechazar el acceso a la tutela solicitada.[92]

Este derecho tiene, además, una vertiente negativa: es el derecho a no obstaculizar el acceso a la jurisdicción ni excluir el conocimiento de las pretensiones en razón a su fundamento,[93] siendo contrarios al dere-

---

chos que nosotros exponemos en este trabajo. *Vid.*, respectivamente, González Pérez, Jesús. *Op. cit.*, p. 57; Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 227; Figueruelo, Ángela. *Op. cit.*, p. 22; Chamorro, Francisco. *La tutela judicial efectiva.* Barcelona: Bosch, 1994, pp. 9-13; y Priori, Giovanni. *Op. cit.*, pp. 289-291.

92 Cfr. González Pérez, Jesús. *Op. cit.*, pp. 69-72, 81, 85.

93 Cfr. Figueruelo, Ángela. *Op. cit.*, p. 80. Los obstáculos que dificultan y/o impiden el acceso efectivo a la justicia son diversos. El más significativo es el costo del litigio, representado por el costo de dinero (honorarios de abogados, tasas judicia-

cho todos aquellos requisitos procesales que en lugar generar las condiciones adecuadas para posibilitar el acceso a la jurisdicción representen un verdadero obstáculo a éste.[94]

El acceso efectivo a la justicia se reconoce como un derecho de importancia primordial puesto que la titularidad de derechos carece de todo sentido si no existen mecanismos efectivos para su aplicación. En tal sentido, se puede considerar que el acceso efectivo a la justicia es «el requisito más básico —el "derecho humano" más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos».[95]

4.2.2. El derecho de defensa

El derecho a acceder a un órgano jurisdiccional sería un derecho sin utilidad alguna si no se brindaran, además, las garantías que hagan posible la defensa de ambas partes. Por tal motivo, el derecho de defensa garantiza a las partes la posibilidad de alegar y de justificar sus argumentos frente al órgano jurisdiccional, de practicar la prueba necesaria para sustentar dichas alegaciones y de ejercer un contradictorio, replicando oportunamente aquéllas que sean formuladas por la contraparte, todo ello en condiciones de igualdad.[96]

---

les que, frente a una cuantía ínfima de la reclamación, hacen inviable el proceso) y de tiempo total del proceso. Otro obstáculo es la diferencia que pueda existir entre los litigantes, basada en la situación económica de los mismos, en el desconocimiento de los derechos de los que son titulares o de las vías con que cuentan para hacerlos valer o, simplemente, una aversión por la idea de tener que litigar. Cfr. CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos.* México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 14-20. Sobre el coste de los procesos y el aumento de la litigiosidad; *vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Op. cit.*, pp. 150-162.

94 *Cfr. Idem*, pp. 75-76.

95 CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH. *Op. cit.*, p. 13.

96 *Vid.* FIGUERUELO, Ángela. *Op. cit.*, pp. 77-79; y CHAMORRO, Francisco. *Op. cit.*, pp. 133-150.

La participación y defensa activa de las partes del proceso es el objetivo principal del derecho de defensa, que sólo puede conseguirse si va de la mano con otras garantías, como la existencia de un juez imparcial, independiente y predeterminado por ley que resuelva el conflicto; y el derecho a la prueba, entendido como el derecho de las partes a ofrecer los medios probatorios que acreditan sus afirmaciones, a que éstos sean admitidos, a que sean actuados y que luego sean valorados en conjunto por el órgano jurisdiccional para componer el conflicto.[97]

4.2.3. El derecho a obtener una decisión fundada en el derecho

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende también el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, lo cual se traduce, por regla general, en una sentencia que se pronuncie de modo definitivo sobre las pretensiones formuladas en el proceso, siendo la motivación de aquélla un requisito indispensable para su validez.[98]

Una resolución es motivada cuando se expresan suficientemente las razones que determinaron el sentido de la decisión adoptada, cuando se expone el camino lógico que se siguió hasta concluir que la pretensión del justiciable se encontraba o no amparada por el derecho. Pero exponer el razonamiento no es suficiente, una resolución debe ser, además, fundada en derecho, lo que sucede cuando la decisión, finalmente, tomada se sustenta en una norma jurídica que impone la consecuencia finalmente adoptada, tras determinar que los hechos acreditados por las partes son el supuesto de hecho de la norma invocada por el juzgador.

Aquello que fundamenta que la motivación de las decisiones jurisdiccionales sea parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la necesidad de demostrar que el fallo no es un acto arbitrario del juzgador, sino una decisión razonada jurídicamente. La motivación permite que el justiciable conozca las razones que determinaron que el juzgador

---

97 *Vid.* González Pérez, Jesús. *Op. cit.*, pp. 164-186, 196-233.

98 *Vid*. Figueruelo, Ángela. *Op. cit.*, p. 121.

fallara en determinado sentido y garantiza que el fallo pueda ser sometido a un control jurisdiccional posterior.[99]

4.2.4. El derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales

Finalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende también el derecho a que el fallo judicial se cumpla, siendo la efectividad de las resoluciones jurisdiccionales firmes el rasgo esencial del derecho y, en sí mismo, un derecho fundamental.[100]

Efectivamente, el cumplimiento cabal de la decisión emitida por el órgano jurisdiccional constituye la principal garantía del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. No basta sólo con posibilitar al justiciable el acceso efectivo a los órganos jurisdiccionales, con brindarle las garantías necesarias para una defensa adecuada y con responder a su pretensión a través de una sentencia motivada y fundada en derecho; si la decisión que pone fin al proceso no se cumple, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva habrá sido afectado en su esencia.[101]

Por lo anterior, el derecho garantiza que el proceso esté configurado de modo tal que la parte vencedora cuente con las herramientas necesarias para poder consumar el efecto que se deriva de la sentencia, solicitando al órgano jurisdiccional llevar a cabo los actos necesarios

---

[99] *Cfr*. González Pérez, Jesús. *Op. cit*., p. 270.

[100] *Cfr*. Figueruelo, Ángela. *Op. cit*., p. 126.

[101] La ejecución de la decisión definitiva representa sólo el cuarto grado de efectividad de este derecho. En un primer grado, la efectividad se manifiesta a través de un pronunciamiento del órgano jurisdiccional en respuesta al pedido del justiciable. En un segundo grado, la efectividad se presenta si el pronunciamiento del órgano jurisdiccional resuelve el problema planteando por el sujeto. En un tercer grado, la efectividad garantiza que la solución brindada sea razonable y fundada en derecho. *Cfr*. Chamorro, Francisco. *Op. cit*., p. 286.

para cumplir con su propio pronunciamiento[102] dentro de un tiempo razonable, pues una justicia tardía no es justicia.[103]

4.3. La incidencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la regulación antiformalista del proceso

El contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la efectividad como su rasgo esencial han influido decisivamente en el contenido antiformalista de la regulación procesal. Y es que «[…] [s]ólo es posible una efectiva tutela jurisdiccional, en la medida que se erija el antiformalismo como principio fundamental del proceso. Las formas retrasan la justicia, impiden que ésta se obtenga, y distrae a las partes y al juez en su real cometido de otorgar una efectiva tutela jurisdiccional».[104]

Esta influencia[105] se ha dado de dos maneras.

En primer lugar, el carácter fundamental del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha inspirado el establecimiento de reglas procesales con verdadero contenido sustancial. Las reglas que pueden ser consideradas

---

[102] *Cfr*. González Pérez, Jesús. *Op. cit*., pp. 337-338.

[103] El pronunciamiento debiera hacerse efectivo una vez que es emitido; sin embargo, no puede desconocerse el hecho que los obligados con la decisión no siempre cumplen voluntariamente con ésta, siendo necesario desplegar los mecanismos creados para obtener esa actuación o cualquier otra necesaria para la finalidad. Las medidas de ejecución y los procesos de ejecución de las resoluciones judiciales son algunas de las medidas con las que cuenta el justiciable para hacer efectiva la sentencia a su favor.

[104] Priori, Giovanni. «El proceso en el Estado constitucional». En *Constitución y proceso*. *Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal "Constitución y Proceso" llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y 25 de setiembre de 2009*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 359.

[105] Cabe señalar que el derecho no sólo constituye una pauta obligatoria en la producción de reglas procesales, sino que también lo es en la actuación de los órganos jurisdiccionales. Por los alcances de este trabajo, nos limitaremos a pronunciarnos únicamente sobre la influencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la producción de normas procesales.

como tales son aquéllas que disponen un acceso efectivo a la jurisdicción, la exigencia de un trato igualitario entre las partes, el derecho de defensa de las partes, el deber de emitir una decisión motivada que ponga fin a la controversia, entre otras. En estos casos, las reglas procesales no establecen formalidad alguna,[106] sino que exigen una actuación de los sujetos procesales o protegen un derecho a favor de éstos. En definitiva, son reglas con un contenido determinado que, en muchos casos, llega a ser constitucional.[107]

En segundo lugar, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha influido en la formulación de las formalidades procesales necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho por parte de los justiciables, imponiendo al legislador[108] la obligación de elaborar únicamente aquéllas que garanticen dicho goce, expurgando las que representen formalismos y trabas para aquél.

Es necesario que las formalidades establecidas con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos conduzcan realmente a realizar dicha finalidad. Y es que los derechos de los sujetos a acceder a un órgano que ejerza la función jurisdiccional, a que éste actúe a través de un proceso dotado con las mínimas garantías y a que dicho órgano emita una resolución fundada en derecho que se haga efectiva sólo son

---

106 *Vid. supra*, capítulo I, acápite 3.3.3.

107 Un ejemplo de norma procesal con contenido constitucional en el ordenamiento jurídico peruano es la contenida en el artículo 50(6) del Código Procesal Civil peruano, según la cual son deberes de los jueces en el proceso «*[f]undamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia*». Esta norma recoge el principio de la función jurisdiccional contenido en artículo 139(5) de la Constitución Política del Perú de 1993, que consiste en «*[l]a 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*».

108 En virtud del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el legislador tiene la obligación de hacer lo posible por conseguir la efectividad de la legislación procesal, eliminando aquellas reglas que represente riesgos para la efectividad de la tutela. *Cfr*. CHAMORRO, Francisco. *Op. cit.*, p. 280.

efectivos si las formalidades establecidas para gozarlos así lo permiten. De suceder lo contrario, estaríamos frente a formalidades que no están dirigidas al cumplimiento de una finalidad específica, debiendo ser desterradas del ordenamiento jurídico-procesal.

En tal sentido, en el caso del acceso a la jurisdicción, el derecho fundamental garantiza que la regulación procesal posibilite un acceso real antes que uno formal al proceso, dejando de lado las reglas que sólo establezcan formalismos que representen trabas al acceso y al ejercicio del derecho. Así, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva procura el establecimiento de normas que permitan, ante la existencia de algún error formal en la formulación de la tutela solicitada a un órgano jurisdiccional, la subsanación y admisión de la misma antes que su rechazo.

En el caso del derecho de defensa de las partes, la incidencia del derecho fundamental se verifica en el establecimiento de reglas que posibilitan la defensa en igualdad de armas, pudiendo las partes alegar, probar y replicar ante un juez imparcial, independiente y predeterminado por ley que resuelva el conflicto en condiciones de igualdad. Nuevamente, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva incide en el establecimiento de reglas que excluyan cualquier tipo de formalismo que impida a alguna de las partes la realización de estas actuaciones.

La influencia antiformalista del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se verifica también en el establecimiento de reglas que regulan el modo en que los órganos jurisdiccionales deben dar respuestas a las pretensiones de los justiciables, de modo tal que éstas se fundamenten en el derecho y posean, además, una motivación suficiente. Las formalidades establecidas por las legislaciones procesales para la realización de esta actividad se justifican en la medida que tengan por cometido garantizar a los justiciables que la decisión haya sido adoptada en el marco de las garantías reconocidas constitucionalmente.

Finalmente, el derecho fundamental garantiza una regulación antiformalista que exija sólo aquellas formalidades que posibiliten la efectividad de las decisiones tomadas por los órganos jurisdiccionales, de modo tal que exista un equilibrio entre la seguridad de que los justiciables hayan tenido la oportunidad de realizar todos los actos necesarios para obtener la tutela solicitada, y la celeridad que se requiere para alcanzar la resolución del conflicto en un período de tiempo que garantice una tutela real de las situaciones jurídicas protegidas por el ordenamiento.[109]

[109] *Cfr*. Dinamarco, Cândido Rangel. *Op. cit.*, pp. 68-69.

Capítulo II

El arbitraje. Puntos de desencuentro con el proceso civil

1. El arbitraje, ¿es un contrato o es un proceso?

1.1. El rol de la autonomía de la voluntad en la institución arbitral

Tras la identificación del proceso civil como un mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos, en el capítulo anterior conocimos cuál es su fundamento histórico; cómo, tras el surgimiento del Estado moderno, devino en un instrumento al servicio de la función jurisdiccional; cuál es su finalidad hoy y cómo la regulación procesal antiformalista incide, de manera determinante, en la consecución de ella. Sin embargo, el proceso civil no es el único mecanismo a través del cual un tercero soluciona un conflicto de intereses con carácter definitivo y obligatorio.

Al igual que el proceso, el arbitraje es un instrumento a través del cual un tercero —denominado árbitro—, revestido con determinados poderes, resuelve un conflicto de intereses recaído sobre materias de libre disposición mediante un acto definitivo —denominado *laudo*—, que adquiere vinculatoriedad e inmutabilidad en un ordenamiento jurídico.[110]

---

[110] La mayoría de legislaciones arbitrales del mundo, sea cual fuese la tradición jurídica a la que pertenecen, reconocen que los laudos arbitrales adquieren la firmeza que permite su ejecutabilidad y prohíbe iniciar un nuevo proceso o arbitraje entre las mismas partes y sobre el mismo objeto conocido en el arbitraje ya concluido.

Sin embargo, entre el arbitraje y el proceso civil existe una diferencia principal: la necesidad de un acuerdo de voluntades para activar la institución arbitral. A diferencia del proceso, para que el arbitraje sea considerado como un mecanismo de resolución válido para determinados conflictos, los sujetos, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, deben manifestar su deseo de conceder al arbitraje dicha calidad.

La autonomía de la voluntad, como poder que permite a los sujetos suscribir, dentro de los límites señalados por la legislación arbitral, los acuerdos necesarios para regular el conflicto que se suscite al interior de las relaciones jurídicas sobre materias de libre disposición,[111] posibilita un apartamiento de los sujetos del mecanismo establecido *por defecto* para cumplir tal propósito, habilitando, en su lugar, al arbitraje para llevar a cabo la misma finalidad. Antes del acuerdo, el mecanismo es el proceso; luego de aquél, el único[112] es el arbitraje.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad juega, en consecuencia, un rol determinante en el arbitraje, siendo ampliamente aceptado que dicho principio es uno de los principales sobre los que se construye la institución arbitral.

En el ordenamiento jurídico peruano, el Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje, reconoce este principio en el artículo 34, según el cual las partes pueden determinar libremente las reglas a las que deben sujetarse las actuaciones de los árbitros. El mismo dispositivo establece que, ante la ausencia de un acuerdo o de un reglamento arbitral

---

Vid. CREMADES, Bernardo M. e Ignacio MAGDALENA. «Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.° 6, pp. 38-39.

[111] Sobre la definición de *autonomía de la voluntad*, *vid*. REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 145.

[112] Los sujetos, claro está, siempre podrán llegar a un nuevo acuerdo para que el proceso sea, nuevamente, la vía para solucionar sus divergencias; mientras ello no ocurra, el acuerdo será obligatorio para las partes.

aplicable, el árbitro está facultado para decidir las reglas que considere más apropiadas para el caso concreto.

Si hablamos de tratados internacionales, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (la «Convención de Nueva York»), con fuerza obligatoria para los 145 Estados parte del mismo,[113] dispone, en el artículo v(1)(d), que la ejecución de un laudo puede ser denegada si el procedimiento arbitral no se ajustó a lo acordado por las partes.

Finalmente, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 (la «Ley Modelo Cnudmi»), norma no vinculante para los Estados, pero con reconocida autoridad en el ámbito del arbitraje comercial al haber inspirado la regulación de 63 legislaciones arbitrales en todo el mundo,[114] reconoce expresamente, en el artículo 19, la libertad de las partes para convenir el procedimiento al que se debe ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

La autonomía de la voluntad se manifiesta en dos aspectos de la institución arbitral: en la suscripción del convenio arbitral y en la determinación de las reglas aplicables al arbitraje. Sin embargo, en ambos aspectos este principio está sujeto a determinados límites de actuación.

---

[113] Organización de las Naciones Unidas. *Situación actual de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958*. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=-TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en.

[114] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Situación actual de la Ley Modelo Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

En cuanto al primer aspecto, crucial en la institución arbitral,[115] dos o más sujetos manifiestan inequívocamente su voluntad de someter sus diferencias —existentes o futuras— derivadas de determinadas relaciones jurídicas previamente determinadas por ellas, a un tribunal arbitral conformado por uno o varios sujetos privados, renunciando con ello a que dichas divergencias sean conocidas y resueltas por un órgano jurisdiccional, el cual queda, en virtud de este acuerdo, impedido de conocer dichos conflictos.[116] Esta manifestación de voluntades ha sido denominada, entre otras maneras, como *convenio arbitral*,[117] *cláusula arbitral*, *contrato de arbitraje*,[118] *negocio jurídico impropio*,[119] *contrato*

---

[115] Con razón se afirma que «[…] la cláusula arbitral es el punto neurálgico del arbitraje y su razón de ser». CREMADES, Bernardo M. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, 2007, n.° 6, p. 13.

[116] Fernando Cantuarias manifiesta que el compromiso inequívoco de someterse a arbitraje y la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos son los elementos esenciales del convenio arbitral, siendo los demás acuerdos que pudieran adoptarse no esenciales, pero sí necesarios para la eficacia del primero. *Cfr*. CANTUARIAS, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, pp. 230-234.

[117] Sobre la distinción entre *cláusula compromisoria* y *convenio arbitral* y la superación de la primera, *vid*. *idem*, pp. 201-226.

[118] Contrato de arbitraje que tiene por obligaciones una de hacer —someter el conflicto a arbitraje—, una de no hacer —no someterlos a la jurisdicción estatal— y una de dar —sufragar los costos del arbitraje—. *Cfr*. SILVA ROMERO, Eduardo. «Los efectos del contrato de arbitraje. Introducción». En SILVA ROMERO, Eduardo (dir.). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Rosario, 2005, pp. 523-524. También, *vid.* CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «El dominio contractual en el arbitraje». *Ius et Veritas.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2006, año 16, n.° 32, pp. 98-99.

[119] LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 16. El autor se distancia de la posición contractualista al calificar el arbitraje, no como un contrato, sino como un negocio jurídico impropio (pues, establece consecuencias procesales).

procesal[120] y *pacto de disolución o liquidación.*[121] No siendo nuestro propósito el estudio de la categoría jurídica a la que pertenece dicho acuerdo, nos referiremos a él como *convenio arbitral*, frase que deja entrever su elemento esencial —el acuerdo de voluntades—, que está presente independientemente de la categoría jurídica que se le asigne.

En la suscripción del convenio arbitral, la autonomía de la voluntad encuentra un primer límite: las partes sólo pueden pactar un arbitraje sobre situaciones y relaciones jurídicas de libre disposición. La delimitación y determinación precisa de los conflictos que pueden ser sometidos a conocimiento de un árbitro depende de la decisión del legislador en cada ordenamiento jurídico; sin embargo, es ampliamente aceptado que la facultad de los sujetos se restringe a aquellas materias que son pasibles de disposición, ya que aquéllas que no lo son por estar relacionadas con derechos fundamentales o cuestiones de orden público, están bajo la protección exclusiva del Estado y sólo pueden ser objeto de conocimiento por órganos estatales. Asimismo, las partes también se encuentran limitadas por los requisitos de validez señalados por el legislador como necesarios en la suscripción del convenio arbitral.[122]

Ambos aspectos del convenio arbitral —materias de libre disposición y requisitos de validez— son regulados en las legislaciones arbitrales

---

[120] «El convenio arbitral tiene así un origen privado, pero ha de producir sus efectos en una esfera, la procesal, en la que predomina el interés público […] estas razones nos permiten afirmar que el convenio arbitral es un contrato, cuando menos, "de contenido procesal"». Bernardo San José, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2002, pp. 8-12.

[121] Según Jaime Guasp, el arbitraje pertenece al tipo de contratos que tienen una finalidad de solución o resolución de un estado preexistente entre las partes —en este caso, el conflicto—, también denominados «pactos de liquidación» porque liquidan los conflictos sociales. *Vid*. Guasp, Jaime. *El arbitraje en el derecho español: su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 25.

[122] Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico peruano, el artículo 13 del Decreto Legislativo n.° 1071 establece como requisito de validez del convenio arbitral, que éste se celebre por escrito.

de modo imperativo, lo que implica que las partes no puedan suscribir un pacto que las desconozca, siendo inválido cualquier acuerdo que se tome en dicho sentido.

La autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta, además, en un segundo aspecto: la determinación de las reglas aplicables al procedimiento arbitral, ya sea mediante su creación directa o mediante la remisión al conjunto de reglas establecidas por alguna institución arbitral, sin que esto último represente, necesariamente, la sumisión a la administración de dicha institución.

Las reglas aplicables a un procedimiento arbitral pueden recaer sobre diversas materias, sean o no elementales para llevar a cabo el mismo. Éstas se refieren, principalmente, al nombramiento de la persona o personas que resolverán el conflicto; a la sede del arbitraje y el idioma aplicable al mismo; a la elección entre un arbitraje sometido a la administración de una institución arbitral (arbitraje institucional) y uno no sometido a ella (arbitraje *ad-hoc*); a la elección entre un arbitraje decidido bajo reglas jurídicas (arbitraje de derecho) o bajo reglas de cualquier otra disciplina (arbitraje de conciencia); a la elección entre un arbitraje nacional o uno internacional; a la identificación de las directrices que guiarán la actuación probatoria; al modo, plazo y forma de emisión de los actos arbitrales; a la forma y requisitos para la concesión de medidas cautelares; entre otros.

En este segundo aspecto, la autonomía de la libertad también encuentra límites, fundamentados en la actividad que llevan a cabo los árbitros y en la vinculatoriedad e inmutabilidad que poseen las decisiones que toman en tal virtud. Estos aspectos del arbitraje son aceptados como fundamentales por académicos, legislaciones arbitrales, tratados y directrices de organizaciones no-gubernamentales, razón por la cual las legislaciones establecen normas de orden público contra las cuales las partes no pueden pactar. De este modo, la autonomía de la voluntad encuentra como límite el establecimiento de normas imperativas de orden procesal que están ligadas a la actividad compositiva realizada en el

arbitraje, como la exigencia de un trato equitativo entre las partes y del derecho de defensa y contradicción.[123]

Lo expresado en este punto revela el papel fundamental que desempeña la autonomía de la voluntad en la institución arbitral, tanto en la suscripción del convenio arbitral como en la determinación de las reglas que gobernarán el arbitraje. Son diversas las ventajas que se derivan de su presencia en la institución arbitral; sin embargo, también pueden originarse complicaciones derivadas de ella, como la ausencia de una regulación que responda a todos los eventos que pueden presentarse durante el procedimiento arbitral. Los aspectos positivos serán desarrollados en el presente capítulo no sin antes pasar por la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje que legitime la solución al problema señalado.

1.2. Posturas doctrinarias que explican la naturaleza jurídica del arbitraje

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido y es materia de innumerables discusiones académicas debido a los elementos tan disímiles que se manifiestan en él. Por un lado, el acuerdo de voluntades que activa la institución arbitral y determina que el arbitraje sea el instrumento obligatorio para resolver los conflictos determinados en el convenio arbitral; y, por el otro, la actividad decisoria, compositiva, resolutoria de conflictos que es llevada a cabo en su interior por los árbitros, cuyo punto final es un laudo con efectos vinculantes que impiden una modificación posterior. Con razón, se afirma que los caracteres de la institución arbitral sobre los que existe consenso unánime son la existencia de un conflicto, la existencia de dos sujetos en disputa y un tercero llamado a resolverla, el convenio arbitral y la decisión del conflicto;[124] sin

---

[123] Sobre los límites de orden procesal impuestos a la creación de reglas, *vid. infra*, capítulo III, acápite 1.4.

[124] *Cfr.* Briceño Sierra, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado. Situación internacional.* México D.F.: Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, p. 21.

embargo, alrededor de estos elementos surgen numerosas discrepancias que generan la existencia de posiciones doctrinarias disímiles sobre la naturaleza del arbitraje.

La importancia de identificar la naturaleza jurídica de esta institución radica en conocer cuál de las herramientas jurídicas otorgadas por el ordenamiento jurídico permite responder adecuadamente a los problemas que surgen en la teoría y práctica arbitrales. Determinar la naturaleza jurídica del arbitraje tiene una justificación práctica,[125] que es la de encontrar la categoría jurídica general en la que se encuentra ubicado o, por lo menos, aquélla con la que tiene mayor afinidad, identificando las normas y principios que le son de aplicación, a fin de determinar, ante una laguna o vacío legal, cuál es la regulación que debe ser aplicable.[126]

Pero la existencia de vacíos legales no es el único supuesto en el que la utilidad del estudio se manifiesta. Siendo el arbitraje una institución cuya regulación surge, en gran medida, del acuerdo de voluntades, las principales complicaciones se presentan en el trámite arbitral, donde la ausencia de una regulación minuciosa aumenta las posibilidades que existan eventos sin regulación, que queden, por este hecho, sometidos a la total discreción de los árbitros. En este supuesto, el estudio de la naturaleza del arbitraje es vital para determinar qué instituciones, principios

---

[125] Coincidimos con Huberto Briceño Sierra en que, desde el punto de vista práctico, la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje reviste gran utilidad. Este autor justifica su importancia haciendo una comparación entre esta labor y la labor que se destinó, en su momento, a explicar la naturaleza jurídica del proceso. Así, el autor manifiesta que, mientras que en el proceso la existencia de diversas teorías sobre su naturaleza no afecta la validez de las construcciones que se elaboren en torno a él, en el arbitraje abogar por una u otra teoría incide en sus consecuencias prácticas, que varían sustancialmente según destaquen las notas del interés público o las notas del principio dispositivo. *Cfr*. *Idem*, p. 35.

[126] *Cfr*. MONTERO, Juan. *Ensayos de derecho procesal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1996, p. 146; y MOLINA CABALLERO, Maria Jesús. *La congruencia en los laudos arbitrales.* Málaga: Universidad de Málaga, 2002, p. 41.

y reglas pueden ser aplicados por los árbitros, en lugar de crear una regla específica para el caso concreto.

No es, entonces, ocioso hacer un estudio de los fundamentos que sustentan las posiciones existentes sobre la naturaleza jurídica del arbitraje; con mayor razón no lo es atendiendo a que nuestro propósito es sustentar la aplicabilidad de las instituciones arbitrales en el arbitraje ante la inexistencia de una regulación específica para los numerosos eventos que pueden conformar el procedimiento arbitral.

En consecuencia, nos distanciamos de aquéllos para quienes ésta es una discusión académica con poca utilidad para los fines prácticos,[127] pues cierto es que la determinación de la naturaleza de la institución, en función de sus particularidades permitirá afrontar, entre otros problemas surgidos en la práctica arbitral, aquéllos que se presenten ante la inexistencia de una regulación específica surgida de la actividad realizada al interior del arbitraje.

Como lo señalamos en la parte inicial de este acápite, la conjugación de elementos en el arbitraje ha originado el desarrollo de nume-

---

[127] Se afirma que la polémica en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje es «[…] ciertamente estéril a partir del punto de vista de la práctica arbitral […]». Fernández Rozas, José Carlos. «Elementos configuradores de la justicia arbitral». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, 2009, n.° 11, p. 155. En el mismo sentido, basado en la consideración de que el derecho no es una ciencia exacta, sino una creación arbitraria, Fernando Cantuarias y Diego Aramburú manifiestan su opinión contraria a encasillar la institución en divisiones jurídicas. *Vid.* Cantuarias, Fernando y Diego Aramburú. *El arbitraje en el Perú. Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, pp. 42-43. Finalmente, en alguna medida ésta también es la posición de Alfredo Bullard, quien responde a la pregunta que da título a uno de sus trabajos —¿Es un arbitraje un juicio?— señalando que no importa saber si el arbitraje es un juicio o no, pues lo único relevante es saber cómo se debe litigar en aquél. Bullard, Alfredo. «¿Es un arbitraje un juicio?». En Soto, Carlos. *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y en el mundo.* Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2009, vol. 1, p. 153.

rosas posturas jurídicas, ninguna con un soporte universal,[128] siendo las principales las que consideran que el arbitraje posee una naturaleza jurídica contractual y las que, por el contrario, defienden su naturaleza jurisdiccional. Existen también posturas intermedias, que ven en el arbitraje rasgos del derecho privado y rasgos del derecho jurisdiccional, y posturas autónomas, que ven en el arbitraje una institución independiente, que no forma parte de alguna de las parcelas jurídicas existentes. A continuación, se hará una descripción del contenido que sustenta cada una de ellas, para emitir, luego, una opinión sobre las mismas.

1.2.1. Teoría contractual

Según la tesis que aboga por la naturaleza contractual del arbitraje, la manifestación de voluntad contenida en el convenio arbitral es el elemento determinante para afirmar el carácter contractual de la institución y su pertenencia al derecho privado, pues en dicha manifestación se expresa el principio de autonomía de la voluntad de los sujetos que les permite regular libremente sus relaciones jurídicas privadas.

Para los defensores de esta postura doctrinaria,[129] la autonomía de la voluntad de los sujetos manifestada en el convenio arbitral es aquel elemento que permite que las diferencias surgidas de las relaciones jurídicas

---

[128] Según relatan Julian Lew, Loukas Mistelis y Stefan Kröl, no existe una posición universal sobre la naturaleza jurídica del arbitraje o un tratamiento igual del mismo siquiera en una misma región o tradición jurídica. En Latinoamérica, por ejemplo, países como Perú o Brasil consideran mayoritariamente al arbitraje como un proceso de naturaleza judicial, mientras que países como Chile, México y Panamá muestran una concepción más liberal. *Cfr*. Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröl. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, p. 72.

[129] Los autores más representativos de esta postura fueron Jaime Guasp, Vicente Herce Quemada, Giussepe Chiovenda y Salvatore Satta. *Vid*, Guasp, Jaime. *El arbitraje en el derecho español. Op. cit.*, pp. 21-24. Hoy, sin embargo, son pocos los que se adhieren a esta teoría, habiéndose polarizado la controversia sobre la naturaleza jurídica del arbitraje entre quienes defienden el carácter jurisdiccional del arbitraje y quienes defienden posturas intermedias o autónomas del mismo.

existentes entre ellos sean resueltas mediante un mecanismo no estatal, y que la decisión final sea de obligatorio cumplimiento para las partes por haberlo así decidido.

De este modo, el acuerdo de voluntades no sólo se configura como un elemento imprescindible en la activación del mecanismo arbitral, el acuerdo de voluntades cubre con su manto todo el desarrollo del procedimiento hasta la emisión de la decisión final. En este sentido, el consenso no sólo permite el apartamiento de los sujetos del mecanismo estatal, el consenso confiere a los árbitros elegidos para tal efecto todas las facultades necesarias para poder llevar a cabo la actividad de composición del conflicto. Y así como los árbitros obran en virtud de los poderes conferidos por las partes, la decisión final que emiten en tal virtud genera un efecto vinculante para ellas por haber decidido someterse voluntariamente a este mecanismo heterocompositivo y haberse obligado a cumplir el laudo.

Jaime Guasp, uno de los principales defensores de esta teoría, señalaba que el hecho de que el arbitraje constituya un mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos no supone que el arbitraje sea un proceso y que los árbitros sean jueces. El acuerdo de voluntades como origen del arbitraje es el que permite que la decisión de los árbitros pueda imponerse con carácter obligatorio a las partes. El arbitraje —afirmaba Guasp— es un fenómeno material que se ubica dentro del derecho civil.[130]

Además de manifestar argumentos nacidos en el seno del derecho privado y en el principio de la autonomía de la voluntad, la postura contractual se apoya, también, en argumentos dirigidos a desvirtuar la postura jurisdiccional y a demostrar por qué el arbitraje no es jurisdicción.

---

130 *Cfr. Ibidem*.

El principal argumento empleado para tal efecto se basa en una concepción de jurisdicción según la cual se posee los atributos de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Así, el hecho de que los árbitros carezcan de *imperium*, atributo propio de un órgano estatal, implica que éstos no puedan llevar a cabo la ejecución de sus propias decisiones ni puedan emplear medidas coercitivas para ello. Esta imposibilidad de emplear la fuerza pública necesaria para hacer efectivas sus decisiones, constituye para los defensores de esta postura, una razón importante que impide afirmar que los árbitros ejercen una función jurisdiccional y, por tanto, que el arbitraje sea jurisdicción.

En síntesis, según la postura bajo comentario, el convenio arbitral, los poderes decisorios de los árbitros y los efectos vinculantes del laudo son producto del acuerdo de las partes, no desempeñando el Estado rol alguno, salvo cuando se requiera el empleo de la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones de los árbitros. La necesaria colaboración de los órganos estatales en determinados asuntos invalida cualquier pretensión jurisdiccional de la institución, pues siempre se requerirá del Estado para hacer efectivas las decisiones arbitrales frente al incumplimiento de éstas por la parte obligada. La naturaleza del arbitraje es, por tanto, contractual, siendo de aplicación, ante los vacíos, reglas supletorias propias de derecho privado.

1.2.2. Teoría jurisdiccional

A diferencia de quienes abogan por la naturaleza contractual del arbitraje, los defensores de la teoría jurisdiccional[131] consideran determinante

[131] Entre los defensores de la postura jurisdiccional del arbitraje encontramos a Bruno Oppetit, Francisco Ramos Méndez, Vicente Gimeno Sendra, Manuel Serra Domínguez, Roque Caivano, Juan Luis Gómez Colomer y Fernando de Trazegnies. *Vid.*, respectivamente, OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Traducción de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis y Presses Universitaries de France, 2006, pp. 57-58; RAMOS, Francisco. *Op. cit.*, p. 298; GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al derecho procesal.* Madrid: Colex, 2003, pp. 37-38; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Op. cit.*, pp. 580-583; CAIVANO, Roque. «Retos

en esta definición la actividad que realizan los árbitros al interior de dicho mecanismo heterocompositivo y el carácter de cosa juzgada que adquiere el laudo emitido en tal virtud. Administrar justicia mediante una decisión vinculante, inmodificable e irrevisable es el elemento esencial de la institución arbitral que lleva indefectiblemente a considerarla como jurisdicción.

Según esta teoría, el acuerdo de voluntades que da inicio al arbitraje es un elemento importante pero no esencial, pues aun cuando los árbitros elegidos por las partes adquieren por este hecho la facultad para resolver sus conflictos, lo importante en la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje es la función que realizan los árbitros, que no es otra que la función de decidir una controversia con calidad de cosa juzgada y con ejecutoriedad incondicionada; rasgos todos que sólo pueden provenir del Estado y no de los particulares.[132]

La postura jurisdiccional, además de enfatizar determinados rasgos propios de la institución arbitral, se ocupan de explicar por qué el acuerdo de voluntades de los sujetos que deciden someterse a arbitraje no posee el valor que los contractualistas le atribuyen.

Por ello, afirman que la voluntad de las partes manifestada en la génesis del arbitraje es sólo la condición a cuyo cumplimiento la ley supedita el otorgamiento del poder decisorio a los árbitros, éste es independiente de la voluntad de las partes,[133] quienes no lo conceden, sino

---

del arbitraje frente a la administración de justicia». En Castillo Freyre, Mario (dir.). *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra, 2008, primera parte, p. 34; Gómez Colomer, Juan-Luis. «El arbitraje». En Montero, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1995, vol. 2, pp. 843-865; y De Trazegnies, Fernando. «La publicidad en el arbitraje». *Ius et Veritas.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007, año 17, n.° 35, pp. 65-66.

132 *Cfr*. Fenech, Miguel y Jorge Carreras. *Op. cit.*, pp. 417-419.

133 *Cfr*. Cordón Moreno, Faustino. *El arbitraje de derecho privado. Estudio breve de la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.* Navarra: Aranzadi, 2005, p. 42.

que permiten su concesión por parte del Estado. En el mismo sentido, se sostiene, además, que la facultad de los árbitros de resolver las controversias con calidad de cosa juzgada no puede provenir de las partes, pues éstas no poseen dicha facultad al ser sujetos privados. En la medida que las partes no pueden conceder a los árbitros un poder que no poseen, la facultad de éstos sólo puede provenir del Estado, siendo su naturaleza jurisdiccional.[134]

Las críticas dirigidas contra la postura contractual concluyen que los aspectos esenciales del arbitraje —resolución de conflictos y calidad de cosa juzgada— no pueden explicarse únicamente con el acuerdo de voluntades manifestado por las partes en el convenio arbitral. Este acuerdo está limitado a su objeto —optar por el arbitraje como mecanismos de solución y decidir quién, a través de un laudo, resolverá sus conflictos—, pero no se extiende a la sustitución de la actividad realizada por los tribunales estatales ni a los efectos de cosa juzgada que adquiere el laudo.[135] En este sentido, la autonomía de la voluntad manifestada en el convenio arbitral es insuficiente[136] para explicar todos los aspectos vitales de la institución y, antes bien, «no habría manera de explicar los componentes jurisdiccionales desde la tesis contractualista, pero sí cabe comprender el origen contractual desde la consideración jurisdiccional».[137]

Dentro de los motivos que sustentan la jurisdiccionalidad del arbitraje se presenta aquél destinado a rebatir el fundamento señalado por la postura contractual, que niega la función jurisdiccional de los árbitros

---

134 *Cfr*. Fenech, Miguel y Jorge Carreras. *Op. cit.*, p. 419.

135 Cfr. Serra Domínguez, Manuel. *Op. cit.*, p. 581.

136 Desde el punto de vista de sus efectos, Horacio Grigera Naón afirma que el arbitraje no puede ser considerado sólo como un fenómeno de la vida privada sujeto únicamente a la esfera del control privado, sino como una institución donde los tribunales arbitrales ejercen poderes jurisdiccionales, sometidos por dicha razón a los controles estatales. *Cfr*. Grigera Naón, Horacio. *Choice-of-law. Problems in International Commercial Arbitration*. Tubinga: J.C.B. Mohr, 1992, pp. 16-17.

137 Montero, Juan y otros. *Comentario breve a la ley de arbitraje.* Madrid: Civitas, 1990, p. 24. Citado por Cordón Moreno, Faustino. *Op. cit.,* p. 41.

basándose en la imposibilidad que éstos lleven a cabo la ejecución de sus propias decisiones empleando la fuerza pública por carecer, en tanto sujetos privados, de ésta.

El argumento para deslindar esta supuesta falencia en la teoría jurisdiccional radica en distinguir la potestad —atributo propio del Estado— de la autoridad, atributo propio de la jurisdicción.[138] La potestad que permite a un órgano estatal ejecutar sus propias decisiones y hacer uso de la fuerza pública no es un atributo que, necesariamente, deba poseer dicho órgano para ejercer una función jurisdiccional. El juicio jurisdiccional es un juicio revestido de autoridad basado en la *auctoritas* —aterritorial e indelegable—, a diferencia de la potestad —territorial y delegable— que conlleva la organización de un pueblo y la constitución del poder público. En tal sentido, los árbitros tienen autoridad para llevar a cabo la resolución de los conflictos y, por ello, ejercen función jurisdiccional, pero no tienen potestad para ejecutarla, razón por la cual deben acudir al Poder Judicial.[139] [140]

Todos los argumentos esbozados por la postura jurisdiccional pueden sintetizarse en la afirmación de Bruno Oppetit, quien refleja con exactitud los alcances de ésta:

---

[138] «[P]odríamos definir la autoridad como la verdad socialmente reconocida y la potestad como la voluntad de poder socialmente reconocida. El reconocimiento social es común a ambas, pero esto no basta para confundirlas, pues son esencialmente distintas y hasta en cierto modo incompatibles». D'Ors, Álvaro. *Escritos varios sobre el derecho en crisis*. Madrid, 1973. Concretamente, el capítulo noveno dedicado a autoridad y potestad, pp. 93 y ss. Citado por Molina Caballero, Maria Jesús. *Op. cit.*, pp. 57-58.

[139] Bonet, Ángel. *Op. cit.*, pp. 58-59, 63-64.

[140] «Aun careciendo los árbitros de la *coercio* y la *executio* públicas, son de todos modos los jueces del caso particular sometido por los interesados para su composición; tienen autoridad porque ejercen la *notio*, la *juditio* y la *vocatio*, mas carecen de la potestad para imponer y ejecutar por sí sus laudos». Berizonce, Roberto. «El arbitraje institucional en Iberoamérica». *Derecho PUC.* Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000, n.° 53, pp. 754.

> […] el arbitraje es una justicia, privada, es cierto, pero 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 *jurisdictio* 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 formas adaptadas a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualquiera que ésta sea.[141]

1.2.3. Teoría híbrida

Las posturas intermedias sobre la naturaleza del arbitraje son aquéllas que consideran, en la determinación de la parcela jurídica a la que el arbitraje debe adherirse, ambos aspectos de la institución arbitral enfatizados por la postura contractual y por la postura jurisdiccional, es decir, el ejercicio de la autonomía de la voluntad manifestado en el convenio arbitral y el ejercicio de una función compositiva manifestada en el laudo, que adquiere los efectos de cosa juzgada. Según esta teoría, sólo una visión completa de la institución arbitral permite comprenderla a cabalidad y determinar así cuál es la disciplina jurídica que debe responder ante casos de vacío.

Dejando de lado los estudios que conciben a la teoría mixta como una recopilación de opiniones destinadas a desvirtuar las teorías contractual y jurisdiccional,[142] los defensores de esta teoría[143] recogen los aspectos

---

[141] OPPETIT, Bruno. *Loc. cit*.

[142] Así, por ejemplo, la define Osvaldo Gozaíni, quien se adhiere a esta concepción *Vid.* GOZAÍNI, Osvaldo. *Notas y estudios sobre el proceso civil.* México D.F: Universidad Autónoma de México, 1994, p. 15.

[143] Entre ellos, encontramos a Leonardo Prieto-Castro, quien afirma lo siguiente: «A nuestro modo de ver, el arbitraje es, en su origen, un negocio de derecho privado,

elementales de la institución, ampliamente sustentados por las posturas precedentes, y afirman que el arbitraje es una institución compleja, que es contractual en su origen y jurisdiccional en cuanto a sus efectos.[144] Esta particularidad del arbitraje implica que éste no pueda ser suficientemente descrito y comprendido mirándolo únicamente bajo la lupa de una de las teorías —jurisdiccional o contractual—. Una lectura aislada de cada uno de sus elementos —el convenio arbitral, el procedimiento, la decisión y su eventual ejecución— no permite una comprensión completa de la institución, pues todos ellos son disímiles: así, el convenio arbitral es enteramente privado, pero la ejecución incluye la fuerza pública.[145]

El arbitraje, bajo esta óptica, es un híbrido de las dos teorías, la jurisdiccional y la contractual, aunque ellas se manifiestan en sus respectivos contextos. La naturaleza contractual se manifiesta en el momento inicial, con el sometimiento voluntario de las partes al arbitraje; y, además, en el control que ejercen las partes de los elementos relacionados al acuerdo de arbitraje, la selección de árbitros y la regulación del procedimiento. Asimismo, la naturaleza jurisdiccional se manifiesta en el hecho de que los Estados determinan qué asuntos son arbitrables y cuáles

---

como creación de la voluntad de los particulares, pero procesal por las sujeciones y limitaciones a que esta voluntad es sometida (justamente, para que produzca efectos procesales) y por las actividades de orden también procesal que hacen surgir, en particular, el conocimiento del asunto por otras personas que termina en el efecto declarativo-vinculante y más tarde (si preciso) ejecutivo del laudo de los árbitros». Prieto-Castro, Leonardo. «Una nueva regulación del arbitraje». En *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, p. 450. Se ha dicho también que «[…] puede considerarse el arbitraje […] como un instrumento de carácter contractual para la resolución de controversias, aunque con claros efectos jurisdiccionales […]». Cremades, Bernardo M. e Ignacio Magdalena. *Op. cit.*, p. 4. Finalmente, aunque rebautice la teoría mixta, llamándola *teoría realista del arbitraje*, Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. «Arbitraje: naturaleza y definición». *Derecho PUC.* Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2006, n.° 59, pp. 273-284, p. 283.

144 *Cfr.* Cordón Moreno, Faustino. *Op. cit.*, p. 45.

145 *Cfr.* Grigera Naón, Horacio. *Op. it.*, p. 17. En el mismo sentido, Briceño Sierra, Humberto. *p. cit.*, p. 39.

no lo son y, sobre todo, en el desarrollo del arbitraje que permite, a su término, resolver el conflicto y realizar el propósito de la institución.[146]

La diferencia entre los elementos esenciales implicados en la institución y el anhelo de las teorías mixtas de recoger ambos y brindarles el mismo valor jurídico determina que esta postura dogmática no propugne la adhesión a una única disciplina jurídica. Por esta razón, cuando se presente uno de los supuestos que hagan necesario recurrir a una parcela de conocimiento será necesario analizar los supuestos específicos para determinarla: si es un asunto que debe encontrar solución en las instituciones de derecho civil o si, por el contrario, por estar relacionado con la función jurisdiccional que se ejerce debe ser tratado como un asunto de derecho procesal.

Como consecuencia de lo sostenido por esta postura, la solución ante un vacío determinado responderá a la conveniencia de aplicar una u otra rama de cara a las finalidades perseguidas. La institución arbitral se verá más beneficiada si se considera lo más contractual-civil posible —es decir, informal y dispositiva— en cuanto al convenio arbitral, en general, el nombramiento de árbitros y el procedimiento arbitral; y lo más jurisdiccional-procesal posible en lo que respecta a la ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral.[147]

1.2.4. Teorías autónomas

Forma parte de las teorías autónomas el conjunto de posturas doctrinales que consideran que el arbitraje no es jurisdicción y, por ello, no debe ser tratado como tal; y tampoco es una institución que dependa

---

[146] *Cfr*. Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Palestra, 2007, pp. 33-51; y Barraclough, Andrew y Jeff Waincymer. «Mandatory rules of law in International Commercial Arbitration». *Melbourne Journal of International Arbitration*. Melbourne, 2005, vol. 6, n.° 2, p. 210.

[147] Pantaleón Prieto, Fernando. «Notas sobre la nueva ley de arbitraje». *La Ley*, tomo 1, 1989, p. 131. Citado por Cordón Moreno, Faustino. *Op. cit.*, p. 46.

únicamente de la autonomía contractual y, por ende, deba ser tratado como un asunto de derecho privado.

A pesar de coincidir con la descripción que hacen quienes abogan por una postura mixta, los autores que se adscriben a esta teoría llegan a una conclusión diferente: el arbitraje no tiene una naturaleza híbrida; su compleja configuración manifiesta que, en realidad, estamos frente a una institución autónoma que debe dar origen a un estudio también autónomo que sistematice sus elementos y encuentre su lógica interna con el propósito de crear un conjunto de reglas e instituciones que respondan adecuadamente a los problemas que surjan en la teoría y en la práctica arbitrales.

Así, por ejemplo, tenemos a Juan José Monroy Palacios, quien define la naturaleza de la institución arbitral de la siguiente manera:

> 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 hace 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».[148]

Otra de las posturas autónomas es la defendida por Antonio María Lorca Navarrete, para quien «el arbitraje justifica su naturaleza jurídica porque resuelve "cuestiones litigiosas", y esa finalidad no se alcanza mediante su adjetivación contractual o jurisdiccional».[149] El autor denomina

---

[148] Monroy Palacios, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». *Actualidad Jurídica*. Lima, tomo 140, julio del 2005. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.estudiomonroy.com/articulos/arb_arbitraje_jjmp_word.htm.

[149] Lorca Navarrete, Antonio María. «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje». Diario *La Ley* n.º 5656. *Sección Doctrina*. Madrid, 15 de noviembre de 2002, año xxiii, tomo 6, ref. D-240, p. 1771.

a esta postura *teoría negocial-procesal,*[150] denominación que también es compartida por Carlos Matheus López.[151]

Marianella Ledesma también aboga por el carácter autónomo del arbitraje en razón de su naturaleza privada, afirmando que la naturaleza jurídica del arbitraje es ser *cuasi* jurisdiccional por tener un origen contractual y una eficacia jurisdiccional.[152]

Otros autores, como José María Roca Martínez, también afirman que el arbitraje, aunque tenga una influencia procesal, no puede ser considerado jurisdicción, razón por la cual tiene una naturaleza jurídica propia.[153] Silvia Barona Vilar afirma que el arbitraje es arbitraje y no tiene una naturaleza jurídica, sino que pertenece a una categoría jurídica autónoma,[154] posición que también es compartida por Fernando Vidal, para quien el arbitraje tiene connotación jurídica y sustantividad propias que demarcan su autonomía, lo que determina la existencia de reglas y principios propios.[155]

1.3. Nuestra posición

Las posturas jurídicas sobre la naturaleza jurídica antes reseñadas nos presentan numerosos escenarios que giran en torno a la cuestión sobre la jurisdiccionalidad —si cabe el término— del arbitraje. Si se afirma que el arbitraje es jurisdicción, las posturas que se adoptan son la jurisdiccional

---

150 *Ibidem*.

151 Matheus, Carlos. *Introducción al derecho de arbitraje*. Lima: Semper Veritas, 2006, pp. 27-28.

152 Ledesma, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 93-94, 194.

153 *Cfr*. Roca Martínez, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 60.

154 Barona Vilar, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Aranzadi, 2006, pp. 47-49.

155 Vidal, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 31.

o la híbrida —aunque cada una con las particularidades ya señaladas—. Si, por el contrario, se rechaza dicha calificación, estaremos optando por las teorías contractual o autónoma. La respuesta a esa primera cuestión es, entonces, el paso necesario para manifestar cualquier posición sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

Las respuestas a las interrogantes que surgen en torno a si el arbitraje es jurisdicción y si los árbitros ejercen función jurisdiccional deben buscarse, en primer lugar, en los alcances que la función jurisdiccional tiene hoy: una idea jurídica desarrollada a partir del surgimiento del Estado moderno, considerada como un atributo inherente a la soberanía popular y manifestada como tal en las normas fundamentales de todos los Estados. La jurisdicción es, esencialmente, un poder-deber del Estado previsto para resolver conflictos de intereses en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que utilizan su imperio para que sus decisiones se cumplan ineludiblemente.[156]

En consecuencia, como primera aproximación a la respuesta, considerar o no al arbitraje como jurisdicción depende de la calificación constitucional que se le otorgue en cada Estado. Autores como César Landa afirman que en países donde se reconoce la jurisdiccionalidad del arbitraje, la legitimación de los árbitros para resolver controversias proviene de la voluntad general plasmada por el constituyente en la Constitución y, en cada controversia en particular, el principio de autonomía de voluntad legitima la intervención del árbitro en la resolución de aquélla.[157]

---

156 *Vid. supra*, capítulo I, acápite 2.1.

157 *Cfr*. Landa, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, p. 31. En el mismo sentido, Juan Montero Aroca afirma que el concepto de jurisdicción se basa en la norma suprema de cada país y en las leyes que regulan el poder judicial; sin embargo, el elemento que nunca varía en el concepto es que se trata de una potestad estatal. *Cfr*. Montero, Juan. *Trabajos. Op. cit.*, p. 78.

En tal sentido, en los Estados donde las Constituciones reconozcan la jurisdiccionalidad del arbitraje, las respuestas a las interrogantes serán que el arbitraje es jurisdicción y que los árbitros ejercen, en consecuencia, función jurisdiccional. En cambio, en aquellos Estados cuyo reconocimiento como jurisdicción no se encuentre expresamente resuelto en las normas fundantes, la naturaleza jurídica del arbitraje será un asunto cuya determinación quedará a cargo del desarrollo doctrinal y jurisprudencial.[158]

Por lo anterior, una primera aproximación al tema nos permite afirmar que el arbitraje es jurisdicción y, por ende, es inútil el debate sobre su naturaleza jurídica de cara a las consecuencias prácticas del mismo, en aquellos Estados donde la cuestión haya sido resuelta en la norma constitucional. La anotación es importante si consideramos que en Latinoamérica países como Perú,[159] Colombia,[160]

---

158 El análisis que se desarrollará a continuación sobre la naturaleza jurídica del arbitraje tiene por objeto brindar una respuesta sobre el particular en aquellos ordenamientos jurídicos donde constitucionalmente no ha sido definido su naturaleza. En el ordenamiento jurídico peruano, el tema es un asunto resuelto pues la Constitución Política del Perú de 1993 ha reconocido la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Como se verá posteriormente, la categorización que el arbitraje tiene en el Perú no es incompatible con las ideas que se sostendrán en el capítulo III en tanto estas pueden tener como apoyo una postura jurisdiccional —como la peruana— o una postura autónoma —como la que propugnaremos en las líneas siguientes—.

159 Constitución Política del Perú de 1993:
«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
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.
[…]».

160 Constitución Política de Colombia de 1991:
«Artículo 116.- Modificado por el artículo 1 del A.L. 3 de 2002.
[…]
Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores

Panamá[161] y Paraguay[162] reconocen constitucionalmente el carácter jurisdiccional del arbitraje. En el caso de Perú, dicha naturaleza ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional del Perú, máximo intérprete de la Constitución.[163] Y, en el caso de España, aun cuando la Constitución

---

o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley».

161 Constitución Política de la República de Panamá de 1972:
«Artículo 202.- El órgano judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia».

162 Constitución de la República de Paraguay de 1992:
«Artículo 248.- De la independencia del Poder Judicial
[…]
En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo n los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.
[…]».

163 Según la interpretación de dicho precepto efectuada por el Tribunal Constitucional del Perú mediante la sentencia dictada el 28 de febrero de 2006 en el expediente n.° 6167-2005-PHC/TC (caso *Fernando Cantuarias Salaverry*), la Constitución Política del Perú consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, razón por la cual la facultad de los árbitros de resolver controversias tiene su origen y límite en la Constitución. Siendo el arbitraje una sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, la institución está obligada a respetar los derechos fundamentales y está sujeta a control. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia emitida en el expediente n.° 6167-2005-PHC/TC el 28 de febrero de 2006. Cabe señalar que existen autores como Marianella Ledesma, que consideran que el texto normativo del artículo 139(1) de la Constitución Política del Perú de 1993 no sostiene el carácter jurisdiccional del arbitraje, apartándose con ello de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional del Perú. *Vid*. Ledesma, Marianella. *Op. cit.*, p. 38.

española no reconozca al arbitraje como jurisdicción, el Tribunal Constitucional español lo ha calificado como un *equivalente jurisdiccional*.[164]

En consecuencia, el debate en torno a la naturaleza jurídica de la institución arbitral adquiere importancia en la mayoría de Estados donde no existe una solución constitucional sobre tema. La vigencia de la discusión nos lleva a mirar nuevamente la definición sostenida en la parte inicial de este apartado, es decir, la función jurisdiccional como ejercicio de un poder-deber del Estado previsto para resolver conflictos de intereses en forma exclusiva y definitiva a través de órganos especializados que utilizan su imperio para que sus decisiones se cumplan ineludiblemente.

Bajo esta concepción, el arbitraje no puede ser considerado, en estricto, como jurisdicción, pues a pesar de compartir con el concepto numerosos elementos comunes, no comparte otros elementos importantes en la calificación de la función jurisdiccional.

En el arbitraje —así como sucede con el ejercicio de la función jurisdiccional—, el tribunal arbitral ejerce una función prevista para solucionar un conflicto de intereses de modo definitivo, sobre materias sometidas a la libre disposición de las partes. Sin embargo, el hecho de que el tribunal arbitral sea un órgano privado y no un órgano estatal, imposibilita que emplee la fuerza pública para ejecutar sus decisiones, requiriendo la cooperación de los órganos estatales para realizar determinadas funciones de ejecución, de actuación de pruebas, entre otros. Así, la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado no puede ser gozada de modo amplio por un órgano arbitral.

---

[164] En España, mediante numerosas sentencias, el Tribunal Constitucional ha definido el arbitraje como un *equivalente jurisdiccional* mediante el cual los sujetos pueden obtener el mismo resultado que aquél que brinda la justicia estatal, es decir, una decisión con calidad de cosa juzgada, así como mecanismos de control del laudo posteriores. *Vid*. Cremades, Bernardo M. *Op. cit.*, p. 14; también Lorca Navarrete, Antonio María. *Comentarios. Op. cit.*, pp. 18-20.

Frente a la ausencia de esta cualidad que impide que el arbitraje se asimile por completo al concepto de jurisdicción, existen quienes se apartan del concepto de jurisdicción antes esbozado, restándole vigencia a la concepción que lo entiende como un atributo ligado exclusivamente a la soberanía popular, pues considera que este elemento soslaya el elemento esencial de la jurisdicción, que es el de tener el poder para decir el derecho y resolver jurídicamente una controversia.[165] Esta concepción modifica la concepción tradicional antes mencionada y permite comprender en ella al arbitraje y a la función de los árbitros.

Consideradas las dos posibles concepciones de jurisdicción, hacemos nuestra aquélla de más amplio respaldo,[166] que la considera como una función que es ejercida por órganos estatales investidos del *imperium* necesario para hacer cumplir lo dictado por ellos, en la medida de que esta cualidad es esencial en la definición. Aun cuando arbitraje y jurisdicción compartan una función de composición y aplicación del derecho, la ausencia de este elemento revela que la jurisdicción, tal y como es comprendida hoy, no pueda explicar con suficiencia el fenómeno arbitral, haciendo necesario adoptar una postura que se adecúe a las particularidades de éste.

Es por esta razón que consideramos que la función desarrollada en el arbitraje comparte muchos elementos con la jurisdicción, pero la existencia de diferencias entre ambos institutos impide que lo califiquemos como tal. Recoger las particularidades de la institución implica, entonces, adoptar una postura autónoma, según la cual la institución arbitral constituye una disciplina denominada *derecho de arbitraje,* cuyo contenido está conformado por normas, principios e instituciones propias,

---

165 Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Arbitraje. El juicio privado. Loc. cit.*

166 No es materia de este trabajo hacer un estudio pormenorizado sobre las consecuencias jurisdiccionales de adoptar una u otra definición del término. Partimos, entonces, de la concepción generalmente aceptada sobre jurisdicción para afirmar que, bajo ella, el arbitraje no puede ser considerado como tal.

pero también por otras derivadas de parcelas jurídicas diferentes como la contractual y, sobre todo, la procesal.[167]

Así como no consideramos que la teoría jurisdiccional explique sin reparos el fenómeno arbitral, tampoco compartimos la tesis contractual, pues consideramos que la función que *realiza* el árbitro y los efectos que tiene el laudo son, indiscutiblemente, elementos que no se originan en las partes ni están a disposición de su libertad contractual, sino que son materia de regulación de las legislaciones nacionales a través del establecimiento de normas de orden público de ineludible cumplimiento que establecen dicho mecanismo de solución, sus límites y alcances.

Ciertamente, la voluntad de los sujetos genera efectos en el arbitraje, pues el ordenamiento jurídico le otorga tal eficacia; la posibilidad jurídica de que el arbitraje sea la vía idónea para resolver un conflicto deriva de una norma con rango legal o constitucional adicional a la autonomía de la voluntad que rige en el derecho privado; sin dichas normas, el arbitraje no sería un mecanismo válido para resolver determinadas controversias.

Asimismo, no hacemos nuestra la postura contractual, pues bajo ella no se explica la exigencia de mínimas garantías de orden procesal en el arbitraje, garantías que gozan de amplio reconocimiento, independientemente de la postura que se adopte.[168]

Nuestra opinión considera que el arbitraje es una institución que no pertenece al derecho contractual ni al derecho jurisdiccional, por el contrario, forma parte del *derecho de arbitraje*, disciplina que, ciertamente, se encuentra en formación y que posee una importante influencia procesal

---

[167] Consideramos, sin embargo, que el derecho arbitral es un derecho aún en formación, cuyos principios e instituciones no están bien definidas. Creemos que ello se debe, en parte, a las confrontaciones que existen en cuanto a su naturaleza jurídica, que impiden definir cuáles son principios e instituciones propias de la institución y cuáles —ya sean del derecho civil o del derecho procesal— pueden ser también consideradas como parte del derecho arbitral.

[168] *Vid. infra*, capítulo III, acápite 1.4.

en cuanto al desenvolvimiento del procedimiento arbitral. Esta influencia se justifica en los puntos de encuentro que existen entre arbitraje y proceso, ampliamente reconocidos por todas las posturas doctrinales, que son: la existencia de una finalidad compositiva de conflictos bajo una decisión final que se caracteriza por su vinculatoriedad e inmutabilidad, de un tercero que lleva a cabo dicha finalidad, de una sucesión de actos y de unas exigencias de orden procesal de obligatorio cumplimiento para las partes.[169]

La conexión entre arbitraje y proceso antes mencionada no debe llevar a entender que el arbitraje es jurisdicción —calificación que negamos anteriormente—, pues lo cierto es que todos los elementos mencionados no son exclusivos del ejercicio de la función jurisdiccional.[170] De este modo, coincidimos con Juan José Monroy Palacios en que *proceso* y *jurisdicción* no son conceptos equiparables, pues existen casos en que pueden coincidir —como es el caso del proceso, donde se lleva a cabo la función jurisdiccional—, pero existen casos en los que no —como el proceso internacional, donde la jurisdicción no juega rol alguno, o el arbitraje—.[171] La distinción entre proceso y jurisdicción permite que

---

[169] En un sentido similar, Dante Barrios de Angelis menciona cuatro elementos de referencia entre el arbitraje (voluntario) y el proceso: la existencia de un conflicto de intereses, la existencia de un tercero que resuelve el conflicto, la sumisión de las partes dichos mecanismos y a la decisión que en él se tome, y la existencia de formas —aunque distintas— en cada uno de ellos. *Cfr*. Barrios de Angelis, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1956, pp. 29-30. Los elementos que, consideramos, comparten el arbitraje y el proceso serán desarrollados en el capítulo iii. (*Vid. infra*, capítulo iii, acápite 1).

[170] Nos apartamos, de este modo, de autores como Juan Montero Aroca, que ven a la actividad jurisdiccional y al proceso como una misma cosa, afirmando que «[…] fuera del proceso no se ejerce jurisdicción o, dicho de otra manera, que la jurisdicción solo [se] actúa en el proceso». Montero, Juan y otros. *Op. cit.*, 1991, pp. 442-443, 458; y también de Miguel Fenech y Jorge Carreras, para quienes el proceso es siempre un proceso jurisdiccional, con base en el principio de unidad de función jurisdiccional. Fenech, Miguel y Jorge Carreras. *Op. cit.*, p. 41.

[171] Monroy Palacios, Juan José. *Loc. cit*.

una postura autónoma conviva y sea plenamente defendida en ordenamientos donde el arbitraje es reconocido como jurisdicción y en aquéllos donde no tiene tal reconocimiento, pues lo cierto es que el derecho procesal es un derecho de reconocimiento universal. Por ello, concluimos como Lorca Navarrete que «no toda actividad procesal necesariamente ha de ser jurisdiccional (como sucede con el arbitraje) ni toda actividad jurisdiccional ha de ser necesariamente procesal».[172]

Creemos, de este modo, que en el desarrollo del arbitraje se lleva a cabo *sin rubor*, actividad procesal y que el arbitraje *es como un proceso*; sin embargo, por su autonomía, por sus particularidades y distinción anotadas, no lo es. Por tal razón, no llamaremos *proceso* al arbitraje,[173] pues consideramos que ese término está reservado para hacer referencia a aquel mecanismo donde se lleva a cabo la función jurisdiccional. Nuestro rechazo está dirigido hacia la denominación antes que hacia el concepto; el fundamento recae únicamente en la consideración de que la frase *proceso arbitral* no revela por completo la autonomía que propugnamos. Por esta razón, llamaremos *proceso* al mecanismo mediante el cual se ejerce la función jurisdiccional; *arbitraje* al mecanismo mediante el cual se lleva a cabo una función compositiva que no conlleva el ejercicio de dicha función; *institución arbitral* al conjunto de reglas, principios e instituciones que forman parte del derecho de arbitraje —sean o no de contenido procesal—; y *procedimiento arbitral* al conjunto de actos realizados al interior de aquél.

Respondemos la pregunta que da título a este acápite manifestando que, para nosotros, el arbitraje no es un contrato, tampoco es un proceso. El arbitraje, como un conjunto de actos destinados a cumplir

---

[172] Lorca Navarrete, Antonio María. «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje». *Op. cit.*, p. 1770.

[173] Con ello, nos apartamos Juan Monroy Gálvez, para quien el arbitraje es un proceso, Monroy Palacios, Juan José. *Loc. cit*; y Santistevan de Noriega, Jorge. «Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral». *Ius et Veritas.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2008, n.° 37, p. 37.

una finalidad y limitado por exigencias de orden procesal, tiene un desarrollo procesal indiscutible que, sin embargo, no puede ser denominado proceso por no desarrollarse en su interior función jurisdiccional y, además, por las implicancias que la autonomía de la voluntad tiene en su génesis y en su regulación. El entendimiento que tenemos sobre la institución arbitral justifica la adopción de una postura que considera al arbitraje como una institución autónoma, con una regulación propia, pero influenciada, en cuanto al procedimiento que se desarrolla en él, por el derecho procesal. Ésta es la base inicial en la que se apoyará la aplicabilidad de determinadas instituciones procesales en el arbitraje, tema que será materia del capítulo III.

2. El desencuentro entre el arbitraje y el proceso civil: la regulación arbitral

2.1. Fuentes de la regulación arbitral

En el acápite 3.1 del capítulo I conocimos que el derecho procesal, como toda disciplina jurídica, está conformado por un conjunto de normas, principios e instituciones procesales creadas, pensadas e ideadas para establecer una regulación acorde con su objeto de estudio.

Así como el derecho procesal, el derecho de arbitraje también está conformado por un cuerpo de reglas arbitrales que se manifiestan en normas, principios e instituciones *arbitrales*, las cuales, por la naturaleza jurídica antes afirmada, pueden tener un origen en el derecho privado —atendiendo a su origen negocial— o un origen procesal —atendiendo a su desarrollo procesal—.

Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre las normas arbitrales y las normas procesales. A diferencia del proceso, en el que la fuente de normas procesales es la ley, en el arbitraje, las normas arbi-

trales que regulan la actuación de las partes y los árbitros tienen como origen, además de la fuente legislativa, la fuente negocial.[174]

A continuación, explicaremos cómo la ley y el acuerdo de voluntades manifestado de modo expreso por las partes o por remisión a un reglamento de una institución arbitral pueden dar origen a normas arbitrales.

2.1.1. Las normas arbitrales creadas por el legislador

La ley arbitral es la primera gran fuente de normas arbitrales. Mediante ésta, el legislador se ocupa de establecer todas las disposiciones referentes a los aspectos esenciales del arbitraje, es decir, aquéllos relacionados con el convenio arbitral, con el procedimiento arbitral y con la validez del laudo y los mecanismos para ejecutarlo o cuestionarlo.

Las normas arbitrales que son materia de creación legislativa se refieren, principalmente, a los siguientes temas:[175]

- La definición de convenio arbitral y la forma como debe llevarse a cabo.
- La determinación de los conflictos que pueden ser sometidos a arbitraje.
- La libertad de las partes para fijar las reglas procesales y el derecho sustancial aplicable.
- La constitución del tribunal arbitral, la forma en que debe llevarse a cabo el nombramiento de los árbitros, los estándares éticos a los que están sometidos, las causales de recusación o remoción de los mismos.

---

[174] Sobre el negocio jurídico como fuente generadora de normas jurídicas, *vid*. REALE, Miguel. *Op. cit.*, pp. 144-147.

[175] *Vid*. REDFERN, Alan y otros. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional.* Navarra: Aranzadi, 2006, 1.ª edición, p. 157; y BORN, Gary. *International Commercial Arbitration. Commentary and materials*. La Haya: Kluwer Law International, 2001, 2.ª edición, p. 412.

- El trato equitativo de las partes.
- La asistencia judicial cuando resulte necesaria (medidas cautelares, actuación probatoria, ejecución del laudo).
- La presentación de los escritos de defensa de las partes.
- La prueba.
- Las audiencias.
- Los poderes de los árbitros para la concesión de medidas cautelares.
- La forma y validez del laudo y su carácter definitivo, incluido el derecho a impugnarlo.

Si bien las normas arbitrales originadas en la ley tienen obligatoriedad por este hecho, no todas ellas tienen el mismo grado de imperatividad.[176] En efecto, las leyes arbitrales pueden clasificarse entre aquéllas que dan origen a normas imperativas y aquéllas que dan origen a normas dispositivas que permiten a las partes variarlas si lo consideran necesario.

Atendiendo a la incidencia que determinados aspectos del procedimiento arbitral tienen en la esfera jurídica de las partes por estar relacionados a cuestiones de orden público, éstos son siempre objeto de normas de obligatorio cumplimiento para ellas. Ejemplos de reglas de este tipo son aquéllas que disponen la forma en que debe llevarse a cabo el convenio arbitral, las que disponen el trato equitativo entre las partes o aquéllas que determinan los requisitos de validez del laudo.

Por otro lado, aquellos aspectos que pueden ser calificados como de libre disposición de las partes son regulados de modo dispositivo, lo que implica que éstas puedan apartarse de las normas y aplicar, en su lugar, otras que provengan de la creación negocial. Ejemplos de estas reglas son aquéllas relacionadas con número de árbitros, la presentación de los escritos de defensa de las partes, el número y la forma de realización de las audiencias, entre otros aspectos relacionados con el trámite arbitral.

---

[176] Sobre el grado de imperatividad de las normas, *vid*. Reale, Miguel. *Op. cit.*, pp. 95-99.

2.1.2. Las normas arbitrales originadas en la voluntad de las partes

Las normas arbitrales también provienen de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes tienen libertad para regular aquellos aspectos normados por el legislador de manera no imperativa.

Las partes pueden, en este supuesto, crear las reglas que regirán el procedimiento arbitral o pueden hacer suyo un reglamento de alguna institución sin que ello signifique someterse a su administración —salvo en el caso de que lo manifiesten, o que así lo establezca el propio reglamento—. La creación puede darse al momento de suscribir el convenio arbitral, incorporando las normas arbitrales a él, pero también puede ser realizada tras el surgimiento de la controversia, suscribiendo un nuevo acuerdo que las contemple.

Finalmente, las partes también pueden someterse a la administración de una institución arbitral y, en tal sentido, manifestar su voluntad para que las reglas contempladas por aquélla, sean aplicables a su arbitraje.[177] En este escenario, las reglas arbitrales contendrán, además de las elementales a todo procedimiento arbitral, aquéllas relacionadas con los actos de organización (mesa de partes, soporte, envío de comunicaciones, entre otras).

2.2. La mínima regulación existente en la legislación arbitral

La existencia de una fuente legislativa y una fuente negocial en la creación de normas arbitrales no es la única diferencia entre la regulación

---

[177] El aspecto positivo de someterse a las reglas de las instituciones arbitrales radica en que éstas, por lo general, regulan aspectos imprescindibles para que pueda llevarse a cabo la actividad arbitral hasta la obtención del laudo final. En este sentido, las reglas elementales de todo reglamento arbitral regulan los actos necesarios para dar inicio a la intervención de la institución arbitral; la forma como ésta va a llevar a cabo la administración del arbitraje (potestades, deberes, etc.), la forma en que debe llevarse a cabo el nombramiento de los árbitros y el conjunto de reglas básicas para el desarrollo del procedimiento arbitral. *Cfr*. MUNNÉ CATARINA, Frederic. *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 45.

procesal y arbitral. En ambas fuentes, la autonomía de la voluntad que inspira la institución arbitral desempeña un papel importante, pues en virtud a dicho principio, el Estado regula únicamente aspectos generales pero esenciales en todo arbitraje, dejando a las partes la labor de establecer reglas más específicas de acuerdo a sus intereses. En tal sentido, el legislador establece una mínima regulación sobre el modo cómo debe llevarse a cabo el arbitraje.

Calificar a la legislación arbitral como una regulación mínima parte de una comparación entre ésta y la legislación procesal, que se caracteriza por ser una regulación minuciosa y detallada sobre todas las situaciones y relaciones que pueden darse al interior del proceso. Siendo éste un mecanismo puesto a disposición del conjunto de ciudadanos de un Estado, su regulación debe responder con reglas adecuadas a la infinidad de situaciones particulares que pueden presentarse, sea por la materia discutida —civil, penal, constitucional, comercial, entre otras—, por la calidad de los sujetos en conflicto —un trabajador, un menor de edad, un reo, entre otros—, los intereses en juego —cuestiones patrimoniales, intereses superiores de un Estado, entre otros— o por cualquier otro asunto relevante que demande la creación de una norma que lo contemple.

Además de buscar la satisfacción adecuada de la diversidad de intereses que pueden ser reclamados por los sujetos, existen otros motivos de orden político y constitucional que inciden en la legislación procesal, como la necesidad de limitar las actuaciones de los órganos estatales y posibilitar su control, el deber de garantizar el respeto de los principios constitucionales que inspiran la actividad judicial, el deber de otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos, entre otros. En este escenario, las normas procesales tienen por objeto limitar la actividad del juez en la medida necesaria para evitar el ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional.

El arbitraje es una institución creada para responder a una realidad distinta de la que es objeto del proceso. El arbitraje no está normativa-

mente configurado para resolver un número indefinido de conflictos de todas clases, originados entre la diversidad de sujetos de un Estado. El arbitraje es considerado como un mecanismo de resolución de conflictos para materias de libre disposición de las partes, estando, por tanto, sujeto a las limitaciones que provengan de este hecho. Por tal motivo, la institución arbitral no demanda una extensa regulación que responda adecuadamente a la infinidad de situaciones y relaciones que pueden darse en el interior de un proceso, sólo demanda el establecimiento de aquellas reglas necesarias para la composición de los conflictos que pueden ser conocidos en su interior.

Además, la realidad del arbitraje se ve configurada decisivamente por la autonomía de la voluntad que, además de posibilitar su existencia para un conflicto en particular, permite la creación de las reglas adecuadas a los intereses en conflicto para regular el procedimiento arbitral.

La realidad descrita constituye la razón de la extensión de la regulación impuesta por el Estado a la institución arbitral. En primer lugar, en el arbitraje no es el Estado el que, en ejercicio de su función jurisdiccional, resuelve un conflicto de intereses; es un sujeto o sujetos privados los que realizan una actividad de resolución de conflictos sobre materias de libre disposición. Por tal razón, carece de sentido establecer una regulación minuciosa destinada a regular y limitar la actuación de funcionarios judiciales.

En segundo lugar, la autonomía de la voluntad que permite a los sujetos regular los numerosos aspectos del procedimiento arbitral, hace innecesaria la existencia de una regulación estatal minuciosa, detallada, pormenorizada, sobre las diversas materias que pueden ser sometidas a arbitraje; en el arbitraje éste es un asunto que corresponde ser realizado por los sujetos que se someten al mismo, aunque siempre dentro de los límites señalados anteriormente.

En consecuencia, es misión del legislador establecer pautas generales y elementales sobre aquellos aspectos del arbitraje necesarios para

su existencia y funcionamiento efectivo; y disponer, además, normas imperativas, de ineludible cumplimiento por los sujetos arbitrales. Por ende, la especificidad del procedimiento arbitral queda en manos de las partes, ya sea que decidan determinarlo ellas mismas o hacer uso de un reglamento arbitral, pero siempre bajo los límites impuestos por las normas imperativas establecidas por el legislador como parte de la mínima regulación que les impone.[178]

En conclusión, puede decirse que la mínima regulación legislativa posibilita la realización de un arbitraje con un procedimiento *a la carta*,[179] confeccionado en virtud de la libertad de las partes de llevar a cabo el mismo en el modo que consideren más conveniente, pero cumpliendo siempre con las exigencias de orden público establecidas normativamente.

2.3. Reglas arbitrales inexistentes en el proceso civil

El derecho de arbitraje también se distancia del derecho procesal al contener determinadas reglas del procedimiento arbitral que recaen en supuestos de hecho inexistentes en un proceso, tales como la conformación de un tribunal arbitral y los gastos arbitrales que surgen por las actividades realizadas por los árbitros y las instituciones arbitrales.[180]

---

[178] Alan Redfern y otros autores validan nuestras apreciaciones al afirmar que la mayoría de legislaciones arbitrales regulan cuestiones generales del trámite arbitral —como el trato equitativo entre las partes— antes que establecer reglas específicas para los eventos que pudiesen presentarse —como la oportunidad e intercambio de declaraciones testimoniales, la posibilidad de presentar escritos en determinadas fases del procedimiento, entre otros—. Los autores afirman, incluso, que los reglamentos procesales arbitrales también comparten esta característica, siendo necesario complementarlos con disposiciones más detalladas creadas por las partes. *Cfr*. Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, p. 159.

[179] *Cfr*. Munné Catarina, Frederic. *El arbitraje en la Ley n.° 60/2003. Una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, pp. 118-119.

[180] En este punto nos referimos únicamente a las reglas arbitrales aplicables al procedimiento arbitral que no tienen un correlato en el proceso, dejando de lado aquellas reglas arbitrales relacionadas al convenio arbitral.

2.3.1. Reglas relativas a la conformación del tribunal arbitral

El primer tipo de reglas arbitrales inexistentes en la normativa procesal lo constituyen el conjunto de reglas destinadas a regular la forma como debe llevarse a cabo la elección y el nombramiento de los árbitros y la constitución del tribunal arbitral. En el proceso, la elección y el nombramiento de los jueces es un asunto ya resuelto en las normas de organización del Poder Judicial, razón por la cual, cuando los sujetos acuden al órgano judicial para solicitar tutela, se encuentran con un juez ya predeterminado normativamente.

En el arbitraje no se presenta una situación igual. Su configuración particular imposibilita que existan árbitros ya predeterminados para cada conflicto: si no existe un convenio arbitral, no es posible hablar de árbitros y mucho menos es posible llevar a cabo su designación sin un conflicto que lo justifique.

Las reglas arbitrales en torno a la designación de árbitros pueden regular numerosos aspectos. El primero se refiere al conjunto de cualidades especiales que debe poseer un sujeto para que sea nombrado árbitro, cuestión establecida normativamente con carácter imperativo. Según afirma Fernando Cantuarias, todas las legislaciones arbitrales imponen requisitos mínimos a los árbitros con base en criterios como la edad, la capacidad civil, la nacionalidad (tema relevante en los arbitrajes internacionales) y las calificaciones profesionales.[181]

Un segundo aspecto es el referido al conjunto de acciones en torno al nombramiento del árbitro: el número de ellos, la forma como debe ser llevado a cabo el nombramiento, la forma como deben manifestar su aceptación o abstención —sea cual fuese el caso—, las declaraciones de independencia que deben presentar, entre otros. Asimismo, se regulan los supuestos para llevar a cabo su renuncia, su remoción, su sustitución,

---

[181] Cantuarias, Fernando. *Op. cit.*, p. 269.

los impedimentos en virtud de las actividades que desarrollan o las relaciones (jurídicas, amicales, profesionales) que tienen con las partes.

El tercer aspecto que no es materia de una regulación procesal es el modo como se debe llevar a cabo la conformación del tribunal arbitral, en qué momento del procedimiento arbitral debe llevarse a cabo, cuáles son las formalidades que debe revestir, entre otros asuntos relacionados con ello.

2.3.2. Reglas relativas al pago de gastos arbitrales

El segundo cuerpo de reglas inexistentes en la regulación procesal se refiere a los gastos que deben solventar las partes que acuden a un arbitraje, en particular los montos que deben pagar a los árbitros para que estos lleven a cabo la función encomendada y, de ser el caso, los montos que deben pagar a las instituciones arbitrales para que éstas lleven a cabo la administración correspondiente.

A diferencia de un proceso judicial, donde las partes deben asumir los montos directamente relacionados con el costo de servicio de justicia brindado por el Estado, en el arbitraje, los costos que asumen las partes son producto del ejercicio de una actividad lucrativa. Siendo el arbitraje un mecanismo de justicia privado, los servicios realizados por los árbitros y por las instituciones arbitrales también lo son y, por ende, tienen una finalidad productiva que debe ser satisfecha por quienes quieran acceder a ellos.

En el sentido de lo anterior, las reglas arbitrales también deben contener disposiciones en torno al modo de reparto de los gastos arbitrales —es decir, si es una parte o ambas las que tienen que soportarlos—, el tiempo en que aquéllos deben ser abonados y las consecuencias derivadas de su falta de pago por una o ambas partes —tales como la suspensión del arbitraje o su continuación bajo la aplicación de algún tipo de efecto pernicioso para la parte incumplidora, entre otros—.

2.4. Los caracteres que definen al arbitraje y lo distinguen del proceso civil

La autonomía de la voluntad que atraviesa este mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos se manifiesta de diversas maneras en el procedimiento arbitral. La libertad de las partes para regular el procedimiento arbitral, la flexibilidad de las reglas arbitrales, la celeridad en la realización de las fases necesarias para componer el conflicto, la privacidad que caracteriza la actividad arbitral y la especialización de los árbitros son, a nuestro entender, las principales características del arbitraje que permiten diferenciarlo del proceso y, a su vez, constituyen sus principales ventajas con relación a aquél.[182]

2.4.1. La libertad que poseen las partes para regular el procedimiento arbitral

La libertad que poseen las partes para fijar las reglas que gobernarán el procedimiento arbitral es una de las principales manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad que goza de amplio reconocimiento en numerosos ordenamientos jurídicos.[183] Su reconocimiento

---

[182] Además de las características mencionadas se reconocen otras ventajas del arbitraje frente al proceso judicial, como la atención a los intereses de ambas partes, la imparcialidad, la efectividad y el impacto del arbitraje en la continuidad de las relaciones entre las partes. *Vid*. WANG, Margaret. «Are Alternative Dispute Resolution methods superior to litigation in resolving disputes in International Commerce?». *Arbitration International*. Londres, 2000, vol. 16, n.° 2, pp. 203-207. Otros afirman que, en el caso de un arbitraje internacional, las ventajas son, además de las mencionadas, la planificación de las disputas, la neutralidad y la especialidad de los árbitros. SUÁREZ ANZORENA, Ignacio y Alejandro GARRO. «Acerca de "Arbitrofobias" y "Arbitralitis"». Entrevista realizada por Óscar Súmar y Milagros de Pomar. *Thémis.* Revista de Derecho. Lima, 2005, n.° 51, p. 240.

[183] Considérese que 145 legislaciones de todo el mundo han sido elaboradas tomando como ejemplo la Ley Modelo Cnudmi, cuyos artículos 10, 11 y 19 son una manifestación de dicho principio al fijar la libertad de las partes para regular el número de árbitros que conocerá la disputa, la forma como se debe llevar a cabo el nombramiento y la forma como se regulará el procedimiento, respectivamente.

generalizado ha llevado a considerarla como la principal ventaja que posee el arbitraje frente al proceso judicial.

La institución arbitral se caracteriza por la plena libertad que tienen las partes para establecer las reglas que regirán el procedimiento arbitral, de modo tal que puedan elegir aquéllas que mejor se adecúen a sus necesidades. Esta libertad permite que el desenvolvimiento del arbitraje se lleve a cabo tomando en consideración los intereses y necesidades específicas de las partes, las características de las relaciones jurídicas que las unen y el conflicto particular suscitado entre ellas.

Esta libertad en el establecimiento de la regulación arbitral distancia al arbitraje del proceso judicial, gobernado en su procedimiento por normas procesales de obligatorio cumplimiento, creadas, no en respuesta a un conflicto específico, sino en respuesta a la generalidad de conflictos, necesidades y situaciones que pueden presentarse en una comunidad. Sin embargo, tanto las normas procesales como las reglas arbitrales tienen en común los límites derivados de los principios protegidos en el ordenamiento jurídico como el principio de trato equitativo entre las partes y el derecho de defensa y contradicción.

2.4.2. La flexibilidad que caracteriza a las normas arbitrales

La flexibilidad que caracteriza a la regulación arbitral consiste en la posibilidad de determinar una regla específica para una cuestión particular del procedimiento arbitral, luego de que ésta haya surgido. Dicho de otro modo, en virtud de la flexibilidad que caracteriza a la institución arbitral, las partes pueden elaborar normas *ex post facto*.[184] Y es

[184] «La flexibilidad consiste, por lo general, en determinar la norma específica después de que la cuestión del procedimiento ha surgido: en esencia, es un tipo de reglamentación *ex post facto*». Traducción libre de «[…] Flexibility usually involves determining the specific rule after the procedural question arises: in essence, a type of ex post facto rule-making». Park, William. *Arbitration of International Business Disputes. Studies in law and practice*. Nueva York: Oxford University Press, 2006, p. 59.

que la autonomía de las partes posibilita que éstas adapten las reglas ya pactadas a las situaciones que se presenten durante el procedimiento arbitral, cuando las primeras no respondan adecuadamente a estas situaciones.

Efectivamente, en el transcurso de las actuaciones arbitrales pueden generarse hechos que demanden una variación de reglas pactadas previamente por las partes. Frente a éstos, las partes pueden consentir la creación de nuevas reglas que, reemplazando las anteriores, gobiernen las nuevas situaciones presentadas.

En tal sentido, la regulación arbitral se caracteriza por su maleabilidad, por la posibilidad de adaptarse a las situaciones que puedan presentarse durante el trámite arbitral, permitiendo a las partes adoptar los atajos que el trámite arbitral demande para poder obtener, en un tiempo oportuno, la decisión que ponga fin a sus conflictos,[185] atajos que pueden consistir en la modificación[186] de las reglas, en la relajación de las exigencias sin vulnerarlas o cambiarlas[187] o en su derogación.

La característica anotada no sólo se manifiesta en la posibilidad de poder modificar, en un mismo arbitraje, las reglas ya acordadas, introduciendo los ajustes necesarios para satisfacer los nuevos retos que se

---

[185] Coincidimos con quien señala que la flexibilidad en el arbitraje no es otra cosa que la posibilidad de encontrar atajos para llegar a la solución final: «Una de las principales ventajas del arbitraje es que los procedimientos arbitrales pueden ser adaptados para adecuarse al tamaño, complejidad y naturaleza del conflicto y los deseos de las partes. Una ventaja particular de la flexibilidad es la habilidad de cortar esquinas, lo que normalmente no es alcanzable en un proceso judicial». Traducción libre de «One of the main advantages of arbitration is that arbitral procedures can be tailored to suit the size, complexity and nature of the dispute, and the wishes to the parties. A particularly advantage of this flexibility is the ability to cut corners, which is not normally achievable in litigation». WANG, Margaret. *Op. cit.*, p. 202.

[186] *Vid*. CANTUARIAS, Fernando. *Op. cit.*, pp. 256-257.

[187] *Cfr*. RUBIO, Roger. «Ruido en la calle principal. Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». *Thémis.* Revista de Derecho. Lima, 2007, n.° 53, p. 19.

presenten en el trámite arbitral. La flexibilidad también comporta la posibilidad de que las partes acuerden un conjunto de reglas distinto para cada uno de los arbitrajes que puedan surgir entre ellas.[188]

Así como la libertad de regulación, la flexibilidad es una consecuencia de una regulación, en su mayoría, dispositiva, que les permite crear, variar o extinguir las reglas acordadas cuando ello sea necesario para beneficio de ambas, siempre que con dicha modificación no se alteren las reglas establecidas imperativamente. En tal sentido, la maleabilidad de las reglas arbitrales y su adaptabilidad a las condiciones particulares impide considerarlas como un cuerpo normativo inmodificable.

2.4.3. La celeridad en la emisión de los actos arbitrales

Otra de las características que definen al arbitraje es la rapidez con la que se lleva a cabo la resolución de conflictos. La configuración de la institución arbitral, la mínima regulación estatal que incide en su desenvolvimiento y la posibilidad de crear las reglas adecuadas para cada caso permiten que la composición se lleve a cabo en el tiempo que responda adecuadamente a las necesidades de las partes en conflicto. La celeridad impresa en los arbitrajes es otra ventaja importante con relación al proceso judicial, más aún cuando se piensa en aquella idea según la cual *una justicia tardía no es justicia.*[189]

Son numerosos factores los que hacen posible la celeridad anunciada. El primero se encuentra en los alcances de la regulación estatal

---

[188] *Vid.* Guzmán, Vicente. «Comentario al artículo 25. Determinación del procedimiento». En Barona, Silvia (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.° 60/2003, de 23 de diciembre de 2003)*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 917-936.

[189] Sin embargo, coincidimos que la rapidez es una cualidad del arbitraje que debe convivir equilibradamente con la justicia. La aceleración del procedimiento arbitral nunca debe privar a las partes de presentar su defensa a los árbitros ni debe privar a estos de emplear el tiempo y medios adecuados para conocer y resolver el conflicto. *Cfr*. Müller, Eva. «Fast-Track Arbitration. Meeting the demands of the next millennium». *Journal of International Arbitration*, 1998, vol. 15, n.° 3, p. 6.

que gobierna el arbitraje. La existencia de pautas generales permite a las partes regular casi todo el trámite arbitral y establecer libremente qué actos son necesarios y qué otros no, tomando en consideración en dicha elección la especificidad del conflicto. Esto diferencia al arbitraje del proceso, que está regido en su mayoría por un conjunto de normas imperativas, de obligatorio cumplimiento, que establecen los actos que deben ser realizados de manera obligatoria en el trámite procesal.

Un segundo factor consiste en la posibilidad de determinar, en función de los intereses de las partes, los plazos que las propias partes, los árbitros y cualquier otro tercero que intervenga en el arbitraje deben emplear para realizar los actos arbitrales.

Un tercer factor que hace posible la característica materia de análisis radica en la imposición de un límite temporal dentro del cual debe llevarse a cabo la composición del conflicto. Las partes son libres de fijar —ya sea de modo expreso o por remisión a un reglamento de alguna institución arbitral—el período dentro del cual los árbitros deben poner fin a la controversia mediante la expedición del laudo. Inclusive, este límite es fomentado por las legislaciones que establecen un plazo máximo dentro del cual debe expedirse el laudo ante la falta de acuerdo sobre dicho aspecto.[190] Esta limitación temporal no puede hacerse efectiva en un proceso en el que todos los actos obligatorios deben llevarse a cabo, independientemente del tiempo que tome realizarlos.

Finalmente, la celeridad arbitral proviene del hecho de que el árbitro o los árbitros no son funcionarios estatales que tienen a su cargo innumerables procesos por resolver, producto de la existencia de in-

---

[190] Tal es el caso de la legislación española en materia de arbitraje (Ley n.° 60/2003 del 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje), en cuyo artículo 37(2) se dispone que si las partes no han acordado un plazo distinto, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación o de expiración del plazo para presentarla, pudiendo ser prorrogado, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.

numerables conflictos y la carencia de un número suficiente de jueces para llevar a cabo dicha labor. Es cierto que los árbitros pueden tener a su cargo, en el mismo lapso de tiempo, varios arbitrajes; sin embargo, este número no igualará la carga procesal existente en los juzgados, que imposibilita que las decisiones se tomen en el tiempo oportuno y cumpliendo los plazos establecidos en la legislación procesal.

Factores accesorios que favorecen la emisión oportuna del laudo son la posibilidad de pactar días y horas calendario para la realización de los actos arbitrales, a diferencia de la actividad procesal, que sólo puede ser desarrollada en horas y días oficiales. Asimismo, las partes pueden acceder a los árbitros y entrevistarse con ellos según su disponibilidad, a diferencia de los funcionarios judiciales, que sólo pueden conceder entrevistas a las partes o a sus abogados en las horas y días establecidos normativamente. Finalmente, el procedimiento arbitral puede tener lugar en cualquier momento conveniente para las partes y los árbitros, incluso por las noches, días feriados o fines de semana.[191]

2.4.4. La privacidad de las actuaciones arbitrales

La reserva, privacidad o confidencialidad del arbitraje es otro elemento que diferencia al arbitraje del proceso, que se caracteriza por su publicidad como garantía de un control suficiente de las actuaciones de los órganos estatales en el uso de facultades de imperio en la resolución de conflictos.

La privacidad aludida puede manifestarse en uno o varios aspectos del arbitraje, dependiendo de cuál o cuáles sean las situaciones que las partes desean que no sean objeto de conocimiento por sujetos distintos a los involucrados en el conflicto. Por ende, la reserva puede recaer so-

[191] *Vid*. Okekeifere, Andrew. «Commercial Arbitration as the most effective dispute resolution method. Still a fact or now a myth?». *Journal of International Arbitration*. 1998, vol. 15, n.° 4, pp. 84-85. El autor explica que la celeridad constituye la principal ventaja del arbitraje con relación al proceso, incluso en países desarrollados donde todos o casi todos los medios necesarios son proporcionados por el Poder Judicial.

bre el conflicto que es objeto de conocimiento de los árbitros, sobre las audiencias, sobre los actos que conforman el trámite arbitral, sobre los documentos e información que pertenezcan a la esfera jurídica de las partes y que, con motivo del arbitraje, sean objeto de debate y conocimiento por sus contrapartes y por los árbitros, y sobre los documentos que produzcan los árbitros (resoluciones arbitrales y laudo).[192]

La utilidad de la reserva puede responder a diversas razones: impide que la divulgación de la información pueda ocasionar perjuicios de índole comercial para las partes; protege secretos industriales; o, simplemente, impide que otros sujetos, distintos de las partes en conflicto, los árbitros y cualquier auxiliar, conozcan la existencia del conflicto.[193]

2.4.5. La especialización de los árbitros

Finalmente, la especialidad de los árbitros en cuanto a la materia a la que pertenece el conflicto cuya solución es encomendada por los sujetos también es una particularidad propia del arbitraje y, además, una ventaja con relación al proceso judicial.

En la elección de los árbitros, las partes deciden optar por aquéllos que tengan mayor experiencia, conocimientos y destrezas sobre la materia objeto del conflicto, ya sea porque forman parte del ejercicio diario de su profesión, porque han realizado diversos estudios sobre la materia involucrada en el conflicto o porque han conocido otros arbitrajes con asuntos similares al que las partes presentan. La elección de un árbitro especializado en el conflicto suscitado entre las partes garantiza que la controversia se decida en función de los principios, reglas e instituciones que gobiernan la parcela de conocimiento a la que pertenece el conflicto, sea éste jurídico o no, legitimando el sentido del laudo emitido por los árbitros y generando una mayor confianza sobre la *justicia* de la decisión.

---

[192] *Cfr.* De Trazegnies, Fernando. *Op. cit.*, pp. 62-64.

[193] *Cfr.* Suárez Anzorena, Ignacio y Alejandro Garro. *Op. cit.*, 241.

La especialización de los árbitros buscada por las partes que acuden a un arbitraje también es ofrecida, en cierta medida, por los órganos judiciales. Ciertamente, éstos están sometidos a una organización que los distribuye por especialidades, de modo tal que su misión de impartir justicia se haga teniendo en consideración las particularidades de cada rama jurídica. Sin embargo, también es cierto que cada disciplina jurídica posee un sinfín de subtemas cuyo conocimiento al detalle requiere de una especialización que, a los jueces, por la misión encomendada, no les es fácil obtener. En contraposición a esta situación, el arbitraje se presenta como un mecanismo de solución de conflictos que posibilita a las partes acceder a juzgadores más especializados que aquéllos que un órgano estatal puede ofrecer.

Finalmente, la especialización del arbitraje también se presenta en la elección de reglas arbitrales que respondan a la medida de las exigencias propias de cada conflicto. En este aspecto, las instituciones arbitrales cumplen un rol fundamental, pues son ellas las que elaboran cuerpos de reglas para cada uno de los conflictos que los sujetos puedan tener —comerciales, de patentes, de construcción, de seguros, de finanzas y valores, de daños, entre otros— a fin de facilitar la labor de regulación a las partes que decidan someterse a su administración.[194]

[194] Se afirma que el nivel de especialización de los arbitrajes institucionales es mayor en Estados Unidos. Así, por ejemplo, la *American Bar Association* (ABA) ofrece hasta trece reglamentos de arbitraje sobre diversas materias (p. ej., patentes, deportes, construcción, seguros, entre otros). *Vid.* Martínez-Frafa, Pedro J. «Análisis de la institución del arbitraje y del arbitraje institucional en Estados Unidos. (De la visión kelseniana al desarrollo de facto de un sistema de adjudicación sin soberano)». *Athina.* Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima. Lima, 2009, año 3, n.° 6, pp. 97-122. La *American Arbitration Association* (AAA) cuenta con más de treinta reglamentos arbitrales con procedimientos especiales para casos de valores, finanzas, construcción, patentes, accidentes automovilísticos en Nueva York, entre otros. *Vid.* Park, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje: el valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, 2005, n.° 2, pp. 22-23.

Capítulo III

La aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje

1. El encuentro entre el arbitraje y el proceso. Su influencia en la regulación arbitral

Fue objeto de los capítulos anteriores el desarrollo de dos ideas centrales para el presente estudio realizado en torno a las nociones de proceso y arbitraje. La primera de ellas —objeto del capítulo I— presentó al proceso como un mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos que posee una regulación que no es, en todos los casos, formal y, mucho menos, formalista. La segunda idea central de este trabajo —objeto del capítulo II— presentó al arbitraje como un instituto autónomo respecto de otras ramas jurídicas existentes, con elementos propios que lo distinguen de aquéllas, pero también elementos comunes con otras disciplinas jurídicas como el derecho civil y el derecho procesal.

El presente capítulo tiene por finalidad conciliar las ideas antes mencionadas a través de la identificación de los elementos comunes entre el proceso y el arbitraje. Los elementos que formen parte de la intersección entre ambos institutos nos permitirán, luego, identificar las cualidades que deben poseer las instituciones procesales para que sean aplicables al arbitraje.

1.1. Una misma finalidad: la solución de conflictos de intereses con eficacia vinculante e inmutable

Todos aquéllos que han estudiado el arbitraje como institución jurídica afirman —independientemente de la postura doctrinal que adopten sobre su naturaleza jurídica— que es un mecanismo de resolución de conflictos reconocido legal o constitucionalmente en un Estado, previsto para desenvolverse ante el acuerdo de los sujetos que decidan someter los asuntos de libre disposición a conocimiento de un tercero, que conozca y resuelva el conflicto a través de una decisión con efectos vinculantes para las partes, que imposibiliten su revisión, modificación, revocación o variación por cualquier otro órgano o sujeto, y que posea plena ejecutabilidad siempre que sea emitida dentro de los parámetros establecidos normativamente.

Esta noción de arbitraje que convive entre nosotros, trae a la mente con facilidad otra noción: la de proceso.[195] Esta equiparación mental inicial entre arbitraje y proceso manifiesta la íntima conexión que existe entre ambos, la cual no recae sino en su finalidad instrumental: ambos tienen por objetivo resolver un conflicto de intereses a través de una decisión que tenga eficacia vinculante e inmutable, llámese en un caso *laudo* y en el otro, *sentencia*. Es fácil comprender que este objetivo común recae en aquella noción elemental del derecho a la defensa jurídica que nos asiste a todos, que demanda la creación de instrumentos como el arbitraje o el proceso que, buscando dar eficacia a la tutela jurídica primaria, eviten que los sujetos recurran a formas primitivas para resolver sus conflictos.[196]

---

[195] *Cfr*. Barrios de Angelis, Dante. *El juicio arbitral. Op. cit.*, p. 23.

[196] «El fundamento del arbitraje no es distinto del derecho general de accionar (o derecho a la jurisdicción). Ambos se asientan y encuentra su justificación en un derecho primario fundamental, puede decirse que natural y que algunos consideran el más fundamental de todos los derechos, pues sin su reconocimiento no se pueden desenvolver los demás: es el derecho a la defensa jurídica de todos los derechos que sustituye a un derecho más elemental y primitivo, el derecho a la autodefensa. Este derecho a la defensa jurídica, sirve de base al derecho a la jurisdicción, a veces, con

Sin embargo, la equiparación mental inicial es quebrantada cuando se advierte la existencia de elementos particulares en ambos institutos. El proceso y el arbitraje son similares, pero no idénticos: mientras que en el proceso la actividad heterocompositiva se realiza en ejercicio de una función jurisdiccional, en el arbitraje aquélla se desenvuelve por haberlo dispuesto así dos o más sujetos para determinados conflictos, en el marco de una disposición legislativa o constitucional de un Estado y sobre asuntos de libre disposición.

No obstante estas diferencias, la actividad que se realiza al interior de ambos institutos es la misma —aunque con matices— y la heterocomposición del conflicto –razón del ser procesal[197]– es, también, el elemento esencial en el arbitraje. Este primer punto de encuentro es trascendental en la institución arbitral pues, en virtud de la actividad que se realiza en el arbitraje, su estructura, reglas y principios se asemejan, en muchos aspectos, a la estructura, reglas y principios procesales.

1.2. Una estructura similar: la existencia de un procedimiento destinado a la consecución de una finalidad

La heterocomposición del conflicto —finalidad compartida entre el arbitraje y el proceso—, repercute ineluctablemente en la estructura de ambos mecanismos, pues siendo dicha actividad la que se realiza en su interior, ambos deben estar configurados de modo tal que se permita su realización de modo satisfactorio hasta la emisión de la decisión final. De este modo, arbitraje y proceso comparten una estructura similar, configurada en torno a la obtención de dicha finalidad.

---

alcance de reconocimiento constitucional, como ocurre actualmente en el artículo 24 de la Constitución española; pero, al tiempo, paralelamente a semejanza de ese mismo derecho, debe explicarse el derecho al arbitraje de los conflictos jurídicos ínter subjetivos, pertenecientes al derecho privado». Almagro Nosete, José. «La ejecución del laudo arbitral». En *I Congreso de Derecho Vasco del Arbitraje (1988). Estudios de Derecho de Arbitraje. Examen crítico de la nueva Ley de Arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1988, p. 167.

197 *Idem*, p. 168.

En efecto el arbitraje como el proceso es un conjunto dialéctico de actos en el tiempo, aunque ejecutados con sujeción a reglas no siempre rígidas para los sujetos arbitrales, quienes se relacionan entre sí por intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados a la consecución de la finalidad común de resolver un conflicto.[198] Esta dimensión temporal, este desenvolvimiento en el tiempo es la nota esencial, no solamente del proceso, sino también del arbitraje.[199]

De este modo, la sucesión de actos que se presenta al interior de un arbitraje, es decir, su tracto procedimental,[200] es la segunda nota común entre el arbitraje y el proceso. Esta realidad jurídica determina que muchas de las normas, principios e instituciones que forman parte de los derechos arbitral y procesal, y que tengan por objeto de regulación esta estructura, compartan las semejanzas que se deriven de este hecho.

1.3. Una regulación semejante: la existencia de formalidades y el rechazo al formalismo

Como se explicó en el capítulo I,[201] las reglas procesales están constituidas por un conjunto de normas, principios e instituciones que pueden contener formalidades procesales —es decir, modos, condiciones y

---

198 *Vid. supra*, capítulo I, acápite 2.3.

199 «Proceso, es su acepción primigenia, en su contenido intuitivo, en su contenido gramatical y lógico, es y no puede ser más que un hecho con desarrollo temporal, un hecho que tiene más de un momento, un hecho que no se agota en el instante mismo de su producción. […] Esta dimensión temporal, este desarrollarse o desenvolverse en el tiempo es la nota esencial del proceso, de todo proceso y de cualquier proceso». Fenech, Miguel y Jorge Carreras. *Op. cit*., pp. 39-40.

200 A decir de Jaime Guasp —uno de los principales defensores de la teoría contractual—, en el tracto procedimental cada uno de los elementos que lo componen es requisito de admisión del siguiente y condición de eficacia del anterior; de este modo, sin demanda, la sentencia no es válida y, sin sentencia, la demanda es válida, pero no es eficaz. El autor concluye que este desarrollo de actos en el tiempo se presenta también en el arbitraje. *Vid*. Guasp, Jaime. *El arbitraje en el derecho español. Op. cit*., pp.17-20, 27.

201 *Vid*. *supra*, capítulo I, acápite 3.1.

plazos bajo los cuales determinados procedimientos deben ser llevados a cabo— así como reglas que no presenten formalidad alguna. Con relación a las reglas formales, se explicaron[202] los motivos que las hacen necesarias en determinados supuestos, siendo uno de ellos la existencia de un tracto procedimental destinado a la consecución de una finalidad.

Así como el proceso, el arbitraje se desenvuelve a través de un conjunto de actos en el tiempo dirigidos a resolver el conflicto sometido a conocimiento de los árbitros. Esta realidad jurídica determina que dicho instituto está sometido, necesariamente, a determinadas reglas que señalen qué actos lo conforman, qué forma deben tomar éstos, cuándo y dónde deben ser realizados y cuánto deben perdurar en el tiempo. En consecuencia, gran parte de las reglas arbitrales —así como las reglas procesales— tienen por objeto establecer modos, condiciones y plazos bajo los cuales los actos de las partes y árbitros deban llevarse a cabo; dicho de otro modo, las reglas arbitrales también disponen, en muchos casos, *formalidades arbitrales*.[203]

Son diversas las situaciones del trámite arbitral cuya regulación por las partes, por el reglamento arbitral aplicable y por la legislación arbitral, dan lugar a formalidades arbitrales. Basándonos en el conjunto de aspectos arbitrales que son materia de las disposiciones contenidas en las

---

[202] *Vid*. *supra*, capítulo I, acápite 3.3.4.

[203] Así como las reglas arbitrales pueden establecer formalidades, las decisiones de los árbitros también pueden hacerlo. Ésta es la opinión de Nigel Blackaby, para quien las decisiones de los árbitros pueden clasificarse desde el punto de vista de la forma y desde el punto de vista de su contenido. Según el primer criterio, las decisiones arbitrales pueden ser órdenes procesales —es decir, las reglas sobre los pasos a seguir durante el arbitraje– o laudos –que pueden ser totales o parciales—. Según el punto de vista del contenido, las decisiones arbitrales pueden referirse únicamente al trámite o a aquellas decisiones sobre el mérito. *Cfr*. Blackaby, Nigel. «La importancia de la forma y del alcance de la decisión arbitral para su ejecución». En Mantilla Serrano, Fernando (coord.). *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*. Bogotá: Legis, 2007, p. 173.

Notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral,[204] así como los regulados por el Reglamento de Arbitraje de la misma institución,[205] hemos elaborado una lista de aspectos o situaciones en los que, en caso de ser objeto de una regla arbitral específica, ésta sería una regla formal:

- Cómputo de los plazos para la realización de los actos arbitrales.
- Pago de los montos para sufragar las costas arbitrales (cálculo, momento para realizar el pago, consecuencias derivadas de la falta del mismo, montos adicionales).
- Medios de comunicación que pueden ser empleados entre las partes y los árbitros para la comunicación de los escritos (entrega física, fax, correo electrónico, soporte magnético).
- Presentación de escritos y elementos de prueba (formato, modo de presentación, número de ejemplares, enumeración, referencias, calendario para su presentación).
- Presentación de pruebas documentales (momento para la presentación, número de copias, forma de presentación —resúmenes, cuadros, gráficos, extractos o muestras—, traducción o interpretación de los documentos en otros idiomas).
- Actuación de testimonios (momento para su ofrecimiento, notificación de los testigos, forma de presentar sus testimonios, orden en que deben llevar a cabo sus declaraciones, orden de formulación de las preguntas, forma de interrogarlos).
- Forma de llevar a cabo las audiencias o vistas (tiempo total del que disponen las partes para presentar sus alegaciones orales, interrogar a los testigos e interrogar a los peritos; posibilidad de

[204] *Cfr*. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral*. Nueva York, 2006. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-s.pdf.

[205] *Cfr*. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi.* (Revisado en 2010). Nueva York, 2010. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf.

que se permita que las partes presentar notas con un resumen de su argumentación oral y momento de su presentación).
- Modo de llevar a cabo audiencias fuera del lugar del arbitraje y realizar inspecciones *in situ*.
- Contenido formal de las decisiones arbitrales, incluidas el laudo, entre otros.

Gran parte de las situaciones mencionadas tienen lugar en cualquier arbitraje, demandando la existencia de reglas que indiquen a las partes y a los árbitros cómo dichas situaciones deben ser llevadas a cabo. Así, por ejemplo, una regla que disponga que los plazos establecidos para determinado arbitraje se computan en días hábiles; otra que disponga que los gastos arbitrales deben pagarse en su totalidad al inicio del arbitraje; otra que ordene que los escritos de parte se presenten en formato físico y virtual; otra que señale que sólo pueden ofrecerse pruebas documentales antes de la realización del informe oral; otra que disponga que la audiencia de informes orales se realice una vez que se han actuado todas las declaraciones testimoniales y expuestos los dictámenes periciales; y otra que disponga que el laudo debe contener un resumen de los principales argumentos de defensa expuestos por las partes, la fecha y la firma de los árbitros. En todos estos casos, las reglas que contienen estas disposiciones son reglas formales, reglas cuyo objeto es condicionar la realización de determinados actos que, en conjunto con otros, hacen posible que los árbitros emitan una decisión que ponga fin al conflicto.

Ciertamente, la existencia de formalidades en el arbitraje no implica que el derecho de arbitraje sea considerado un derecho *formal*, pues así como existen formalidades, existen reglas que no lo son, como, por ejemplo, aquéllas que establecen el derecho de las partes de solicitar medidas cautelares frente a determinados supuestos; de presentar escritos distintos a los de demanda y contestación en cualquier fase del arbitraje; de presentar medios probatorios con posterioridad a la presentación de los escritos postulatorios; y todas aquellas reglas relacionadas con las exigencias de un trato equitativo de las partes, el derecho de defensa y contradicción.

La existencia de formalidades y de reglas con un contenido no formal es una semejanza más entre la regulación arbitral y procesal que, además, valida la idea —sostenida en el capítulo I— de que la existencia de formalidades procesales no es un motivo suficiente para calificar el derecho procesal como un derecho formal. El arbitraje, aun siendo objeto de numerosas formalidades, tampoco lo es.

En realidad, la diferencia que existe entre ambas regulaciones no recae en la existencia de formalidades —que, hemos visto, se presentan en ambos institutos—, sino en la libertad de regulación que se presenta en el arbitraje y la mínima regulación estatal que, en su mayoría, está conformada por reglas dispositivas que, sumadas a la flexibilidad que lo caracteriza, permiten a las partes establecer reglas *a la medida,* algo que no sucede en el derecho procesal. Esta diferencia no tiene vinculación con cuán formal es o no un instituto, sino con la mayor o menor posibilidad de establecer reglas particulares dentro del marco dispositivo establecido legislativamente. Una mínima regulación arbitral lo permite; una amplia regulación procesal imperativa, no. Por ello, es errado considerar que la diferencia principal entre el derecho procesal y de arbitraje es el carácter formal que reviste al primero.

Además de estar unidos por la *formalidad*, el arbitraje y el proceso comparten una misma aversión al *formalismo*.[206] Este rechazo es común, pues la existencia de formalidades siempre trae consigo el riesgo de que éstas sean exigidas, aun cuando no existan motivos justificados para ello, obstaculizando o imposibilitando la existencia de una decisión que resuelva de modo efectivo los conflictos. Por ello, en el arbitraje y en el

[206] Puede decirse que el rechazo en ambas instituciones parte de motivos distintos. Así, el antiformalismo procesal se fundamenta en los principios y derechos de orden constitucional que tiene por finalidad hacer efectiva la tutela brindada a los sujetos a través del proceso, mientras que el antiformalismo arbitral se convierte en una exigencia, no tanto para garantizar la efectividad de la tutela secundaria, como para preservar sus particularidades y ventajas con relación al proceso judicial, aunque siempre dentro de los estándares mínimos impuestos legislativa y constitucionalmente.

proceso se rechaza, por igual, la idea de formalismo, es decir, la defensa exacerbada de las formalidades establecidas para la realización de los actos —procesales o arbitrales— y la exaltación de su cumplimento riguroso que olvide la finalidad que se pretende resguardar;[207] aunque la configuración del arbitraje sea más propicia para este propósito, pues la flexibilidad de sus reglas permite dejar de lado aquellas formalidades que no cumplan con un propósito específico.

1.4. La exigencia de unas garantías de orden procesal

Al tratar, en el capítulo II, el rol determinante que desempeña el principio de la autonomía de la voluntad en la regulación del procedimiento arbitral, se mencionó la existencia de diversos límites impuestos a su ejercicio. Existe una amplia aceptación hacia la idea de que el arbitraje está gobernado por el mencionado principio, pero, además, por un conjunto de garantías de orden procesal contra las cuales las partes no pueden pactar en contrario, pues hacerlo invalida el laudo e imposibilita su reconocimiento y/o ejecución. Este respaldo proviene de la doctrina, de los tratados internacionales más relevantes sobre la materia, de diversas legislaciones arbitrales y de documentos de *soft law*, lo que evidencia que el proceso y el arbitraje coinciden en la exigencia de un conjunto de principios procesales de carácter imperativo necesarios para la realización de sus procedimientos. Si nos referimos al proceso, el conjunto de garantías se denomina *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*;[208] sin embargo, si nos referimos al arbitraje, no existe un consenso sobre su calificación.

---

[207] *Vid. supra*, capítulo I, acápite 3.3.2.

[208] *Vid. supra*, capítulo I, acápite 4.1. En dicho acápite, se mencionó que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental cuya finalidad es revestir a los justiciables de todas las garantías necesarias para la satisfacción plena de sus derechos, limitando la actuación desplegada por el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales y garantizando así la paz social en justicia.

En efecto, la denominación de las garantías de orden procesal aplicables al arbitraje y sus alcances son asuntos sobre los cuales no existe un consenso universal. Si observamos la doctrina arbitral, comprenderemos que diversas opiniones autorizadas sobre la materia consideran que la exigencia de cumplimiento obligatorio en cualquier arbitraje es el debido proceso o *due process of law*,[209] entendido como el conjunto de derechos esenciales que impiden que las partes de un arbitraje se vean afectadas por la insuficiencia de éste o por la actuación de sus contrapartes o árbitros.[210]

Si bien existe cierto consenso doctrinal en cuanto a la denominación del conjunto de principios procesales, no sucede lo mismo con relación a sus alcances. Así, mientras algunos consideran al debido proceso *arbitral* como un principio que engloba otros tantos como el derecho de defensa o el trato equitativo entre las partes, otros lo consideran como un principio distinto de éstos.

Entre los autores que consideran al debido proceso como un principio general que tiene por contenido otros derechos, encontramos,

---

[209] Podemos mencionar, entre autores nacionales, a LANDA, César. *Op. cit.*, pp. 40-42; ARRARTE, Ana María. "Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo". En CASTILLO FREYRE, Mario (dir.). *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra, 2008, segunda parte, pp. 115-152; SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*, pp. 42-48, MATHEUS, Carlos. *Op. cit.*, pp. 129-134. Entre los autores extranjeros, podemos mencionar a RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration. Law and Practice*. La Haya: Kluwer Law International, 2001, segunda edición, p. 716; PARK, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje». *Op. cit.*, p. 15; CREMADES, Bernardo M. *Op. cit.*, p. 34; LEW, Julian D. M., Loukas A. MISTELIS y Stefan M. KRÖL. *Op. cit.*, p. 95; LORCA NAVARRETE, Antonio María. «La garantía del debido proceso en el arbitraje. El modelo español». *Ius et Praxis.* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2010, n.° 41, p. 261; SUÁREZ ANZORENA, Ignacio y Alejandro GARRO. *Op. cit.*, 243; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Op. cit.*, pp. 171-172*;* y PETROCHILOS, Giorgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2004, pp. 130-165.

[210] *Vid*. *supra*, capítulo I, acápite 4.1.

por ejemplo, a autores como Bernardo M. Cremades,[211] Antonio María Lorca Navarrete[212] y José Carlos Fernández Rozas,[213] quienes analizan el contenido del debido proceso en el arbitraje en función de los principios contenidos en la Constitución y legislación arbitral españolas y concluyen que el debido proceso en esta sede está constituido por las garantías mínimas de audiencia bilateral, contradicción e igualdad. Aunque no fundamentado en el ordenamiento jurídico español, es de la misma opinión Carlos Matheus.[214]

Entre nosotros, quienes han analizado el contenido del debido proceso en el arbitraje lo han hecho en función del carácter jurisdiccional que éste posee en el ordenamiento jurídico peruano. Tal es el caso de César Landa,[215] para quien algunas de las manifestaciones del debido proceso son el derecho de acceso a la jurisdicción arbitral, el derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o tribunal imparcial, el derecho a la igualdad sustancial en el proceso (paridad de condiciones entre las partes, principio de igualdad), el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a una adecuada motivación de las resoluciones judiciales, el derecho a la ejecución de laudos arbitrales, y derecho a un arbitraje sin dilaciones indebidas. Una opinión similar tiene Ana María Arrarte,[216] quien afirma que los derechos que integran el núcleo del debido proceso *arbitral* son los derechos de defensa (contradicción

---

[211] Cremades, Bernardo M. *Op. cit.*, pp. 33-37.

[212] Lorca Navarrete, Antonio María. «La garantía del debido proceso en el arbitraje. El modelo español». *Loc. cit*.

[213] Fernández Rozas, José Carlos. *Op. cit*., p. 174.

[214] Matheus, Carlos. *Loc. cit*.

[215] Landa, César. *Loc. cit*.

[216] Arrarte, Ana María. *Op. cit*., p.148. La autora clasifica los derechos en aquéllos que forman el *debido proceso arbitral*, pero no el *debido proceso judicial*, los que no integran el *debido proceso arbitral* y los que constituyen el núcleo del *debido proceso arbitral*, siendo parte del primer grupo los derechos a ejercer la autonomía de la voluntad, a elegir los árbitro que resolverán la controversia, a establecer el procedimiento y a que los árbitros resuelvan con base en criterios de conciencia en la medida que respeten los derechos fundamentales; mientras que los del último grupo son los derechos a la doble instancia y la ejecución forzada. *Idem*, pp. 148-149.

y audiencia), a un juez imparcial, a la prueba, a una debida motivación de las resoluciones y a la igualdad de trato entre las partes.

Una opinión diferente a las expuestas tiene Mauro Rubino-Sanmmartano,[217] para quien la noción de debido proceso abarca el deber de garantizar a cada una de las partes la oportunidad de hacer valer sus derechos, de probarlos y de pronunciarse sobre la defensa presentada por la contraparte.

Entre los autores que no se refieren al debido proceso como un derecho que engloba otros tantos, sino que lo consideran como una más de las exigencias que limitan la actividad arbitral, encontramos a Julian Lew, Loukas Mistelis y Stefan Kröl,[218] para quienes el conjunto de principios que constituyen lo que ellos denominan la *carta magna* procesal del arbitraje, está integrado por el debido proceso y el *fair hearing* (dentro del cual está la exigencia de tratar a las partes con igualdad), y la independencia e imparcialidad de los árbitros; Giorgios Petrochilos,[219] quien aboga por la independencia e imparcialidad de los árbitros, el trato equitativo entre las partes y el debido proceso; Lorenzo Zolezzi,[220] quien lo hace por los principios de no interferencia, debido proceso y tutela jurisdiccional y motivación; y Jorge Santistevan de Noriega,[221] quien haciendo suya la opinión de Jean Francois Poudret y Sébastien Besson señala que las exigencias mínimas del arbitraje son el derecho a presentar hechos y argumentos legales, el derecho a acceder a la información que sea presentada a los árbitros, el derecho de la partes a expresarse sobre los hechos y derecho sobre los que se puedan basar los árbitros al resolver, el derecho a la prueba y el principio de igualdad.

---

[217] RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Loc. cit.*

[218] *Vid*. LEW, Julian D. M., Loukas A. MISTELIS y Stefan M. KRÖL. *Loc. cit.*

[219] *Vid*. PETROCHILOS, Giorgios. *Op. cit.*, pp. 130-165.

[220] *Vid*. ZOLEZZI, Lorenzo. «El arbitraje y su aparente colisión con algunos principios y derechos de la función jurisdiccional». En CASTILLO FREYRE, Mario (dir.). *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra, 2008, segunda parte, pp. 97-11.

[221] *Vid*. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 47.

Finalmente, existe una parte de la doctrina que no reconoce expresamente al debido proceso como un derecho aplicable al arbitraje, aunque sí reconoce la existencia de límites a la actuación arbitral como el principio de igualdad y las normas de orden público. Tal es el caso de Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides,[222] así como el de Alfredo Bullard,[223] quien menciona la exigencia de un derecho de defensa como garantía real de un trato equitativo entre las partes.

Si la posición que tiene la doctrina sobre los límites a la autonomía de la voluntad en el establecimiento de reglas arbitrales gira en torno al debido proceso, los tratados internacionales, las leyes arbitrales y los lineamientos de instituciones no gubernamentales no tienen una posición similar.

Si hablamos de tratados, la Convención de Nueva York, norma con fuerza obligatoria para los 145 Estados parte del mismo,[224] establece diversas situaciones bajo las cuales los Estados no pueden reconocer y ejecutar laudos arbitrales extranjeros. Según la disposición contenida en el artículo v(1)(b), se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo si se prueba que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha podido hacer valer sus medios de defensa.[225] Asimismo,

---

[222] *Vid*. Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, pp. 390-392. Los autores mencionan otros límites a la autonomía de la voluntad, como los provenientes de los reglamentos arbitrales a los que las partes se someten y el respeto a los terceros que no formen parte del convenio arbitral.

[223] Bullard González, Alfredo. *Loc. cit.* Este autor aboga por el derecho de defensa en su concepción no formalista.

[224] Organización de las Naciones Unidas. *Loc. cit.*

[225] «Artículo v.-

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: […] b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa […]».

el artículo v(2)(b) impide el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral cuando estos son contrarios al orden público del país donde se quiere llevar a cabo los mismos.[226] La misma formulación está contenida en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional del 30 de enero de 1975 (la «Convención de Panamá»).[227]

Si nos remitimos a los documentos que, sin ser vinculantes para los distintos ordenamientos jurídicos, constituyen referencias importantes en la materia, la Ley Modelo Cnudmi es uno de ellos, al haber inspirado la regulación de sesentitrés legislaciones arbitrales en todo el mundo.[228] Aun cuando su objeto esté limitado a la regulación de los arbitrajes comerciales internacionales, importa mencionar que su artículo 18 establece como exigencia durante el trámite arbitral, el trato equitativo de las partes y la oportunidad de que ambas puedan hacer valer sus derechos.[229]

Si observamos las legislaciones arbitrales de nuestra región, Iberoamérica, la mayoría de ellas contiene una serie de exigencias en el proce-

---

[226] «Artículo v.-
[…]
2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba […] b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país».

[227] ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*. 30 de enero de 1975. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-35.html.

[228] COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Situación actual de la Ley Modelo Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

[229] «Artículo 18.- Trato equitativo de las partes
Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

dimiento arbitral. Tal es el caso de Bolivia,[230] Brasil,[231] Costa Rica,[232]

---

[230] Ley n.° 1770 de 10 de marzo de 1997, Ley de Arbitraje y Conciliación:
«Artículo 2.- Principios
Los siguientes principios regirán al arbitraje y la conciliación como medios alternativos de solución de controversias:
[…]
6. Principio de igualdad, que consiste en dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos.
7. Principio de audiencia, que consiste en la oralidad de los procedimientos alternativos.
8. Principio de contradicción, que consiste en la oportunidad de confrontación entre las partes».

[231] Ley n.° 9.307/1996 de 23 de septiembre de 1996, *Dispõe sobre a Arbitragem*:
«Capítulo IV.- *Do procedimento arbitral*
Art. 21.- A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.
[…]
§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento».

[232] Ley n.° 7727 de 9 de diciembre de 1997, Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social:
«Sección IV.- Procedimiento arbitral
Artículo 39.- Libre elección del procedimiento
Con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, las partes podrán escoger libremente el procedimiento que regulará el proceso arbitral siempre que ese procedimiento respete los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción. Mediante resolución fundada y en cualquier etapa del proceso, el tribunal podrá modificar o ajustar las normas sobre el procedimiento que hayan seleccionado las partes y que no se ajusten a los principios indicados, con el objeto de propiciar un equilibrio procesal entre las partes y la búsqueda de la verdad real. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral, con sujeción a la presente ley, deberá dirigir el arbitraje guiado por los principios de contradicción oralidad, concentración e informalidad. También podrá adoptar reglas o procedimientos existentes sobre arbitraje, utilizadas por entidades dedicadas a la administración de procesos arbitrales, tanto nacionales como internacionales, así como leyes o reglas modelo, publicadas por entidades u organismos nacionales e internacionales.
[…]».

Chile,[233] El Salvador,[234] España,[235] Guatemala,[236] México,[237] Nicaragua,[238]

[233] Ley n.° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional:
«Artículo 18.- Trato equitativo de las partes.
Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

[234] Decreto Legislativo n.° 914 de 11 de julio de 2002, Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje:
«Principios
Art. 4.- El arbitraje se regirá por los siguientes principios:
[…]
6) Principio de igualdad: Consiste en dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos;
7) Principio de audiencia: Consiste en la oralidad de los procedimientos alternativos; y
8) Principio de contradicción; Consiste en la oportunidad de confrontación entre las partes."

[235] Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje:
«Artículo 24.- Principios de igualdad, audiencia y contradicción.
1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
[…]».

[236] Decreto n.° 67-95, Ley de Arbitraje:
«Artículo 23.- Trato equitativo de las partes
Deberá tratarse a las partes equitativamente y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos, conforme a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes».

[237] Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio:
«Artículo 1434.- Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

[238] Ley n.° 540 de 25 de mayo de 2005, Ley de Mediación y Arbitraje:
«Artículo 3.- Principios rectores de la presente ley
Los principios rectores de la presente ley son: Preeminencia de la autonomía de la voluntad de las partes, igualdad de las partes, confidencialidad, privacidad, informalidad y flexibilidad del procedimiento, celeridad, concentración, inmediación de la prueba, buena fe, principio pro arbitraje, debido proceso y derecho de defensa».

Panamá,[239] Perú,[240] Portugal[241] y República Dominicana.[242]

En consecuencia, la doctrina, los tratados internacionales, los documentos de *soft law* y las legislaciones arbitrales mencionadas coinciden en reconocer exigencias de orden procesal bajo las cuales debe llevarse a cabo el arbitraje. Aun cuando no exista una opinión general sobre el contenido exacto ni sobre la denominación de aquéllas, de lo expuesto sobre cada una de dichas fuentes puede afirmarse que los principios sobre los que existe un respaldo total son el trato equitativo entre las partes, el derecho de defensa y el derecho de contradicción. Así, en el arbitraje, la exigencia de estos principios garantiza que cada parte tenga,

---

239 Decreto Ley n.° 5 de 8 de julio de 1999, por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación:
«Artículo 19.- El procedimiento arbitral atenderá a la igualdad de las partes, dando a cada una la oportunidad de hacer valer sus derechos.
Las actuaciones arbitrales están presididas por los principios de contradicción, impulso de oficio y leal colaboración de las partes en el desarrollo del proceso.
[…]».

240 Decreto Legislativo n.° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje:
«Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.
[…]
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos».

241 Ley n.° 31/1986 de 29 de agosto de 1986, *Arbitragem Voluntária*:
«*Artigo 16.- (Princípios fundamentais a observar no processo)*
Em qualquer caso, os trâmites processuais de arbitragem deverão respeitar os seguintes princípios fundamentais:
a) As partes serão tratadas com absoluta igualdade;
b) O demandado será citado para se defender;
c) Em todas as fases do processo será garantida a estreita observância do principio do contraditório;
d) Ambas as partes devem ser ouvidas, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final».

242 Ley n.° 489-08, sobre arbitraje comercial:
«Artículo 22.- Principios de igualdad y contradicción.
1) Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.
[…]».

por igual, una efectiva oportunidad de expresar y demostrar los argumentos que sustentan su posición, de contradecir los expuestos por su oponente y de pronunciarse sobre todos aquellos puntos decisivos para la resolución del conflicto, debiendo ponerse a disposición de ambas partes las herramientas necesarias para ello, sin que alguna de dichas partes tenga una posición privilegiada en modo alguno.[243]

Ciertamente, el trato equitativo entre las partes, el derecho de defensa y el derecho de contradicción son principios que forman parte del núcleo duro del debido proceso, entendido como un derecho fundamental de carácter instrumental conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que las partes —en este caso, de un arbitraje— se vean afectadas por la insuficiencia de éste o por la actuación de sus contrapartes o árbitros.[244] Podemos afirmar, en consecuencia, que existe un debido proceso *arbitral* en toda actividad arbitral, que impone el deber de que las reglas arbitrales, la actuación de las partes y, sobre todo, la actuación de los árbitros frente a situaciones no reguladas expresamente, se ciñan al cumplimiento de los preceptos enunciados, pues no hacerlo traería como consecuencia la invalidez del laudo o el rechazo a su reconocimiento por parte del Estado donde el mismo pretende ser ejecutado.

De este modo, las exigencias de un trato equitativo entre las partes, el derecho de defensa y el derecho de contradicción constituyen el tercer punto de encuentro entre el arbitraje y el proceso. En el proceso existe también la exigencia que las partes sean tratadas con igualdad, que puedan defenderse y que tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la defensa de la contraparte. Estas exigencias tienen tal calidad como consecuencia del reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que hace posible resguardar, entre otros derechos, los mencionados. En el arbitraje, el debido proceso *arbitral* es el derecho que persigue la misma finalidad a través del establecimiento de normas

---

[243] *Cfr*. Petrochilos, Giorgios. *Op. cit.*, pp. 145-146; y Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Arbitraje. El juicio privado. Op. cit.*, pp. 213, 215.

[244] *Vid*. *supra*, capítulo i, acápite 4.1.

legales y constitucionales de cumplimiento obligatorio para las partes y los árbitros y, también, a través del establecimiento de límites a la libertad de las partes para regular el procedimiento, de modo tal que dichas situaciones no puedan ser vulneradas en supuesto alguno.

Los cuatro aspectos desarrollados de modo precedente nos permiten afirmar la existencia una vinculación esencial entre el proceso y el arbitraje que explica la semejanza de sus regulaciones y desmiente aquella perspectiva que lo considera como un instituto absolutamente disociado del derecho procesal. Como señala Antonio María Lorca Navarrete, «quienes hemos tenido contacto con la institución arbitral —ya sea como partes, como abogados o como árbitros—, sabemos que es necesario permitir a las partes alegar y que hay que ser escrupulosos con los principios de contradicción e igualdad para que no se produzca, en ningún caso, indefensión»,[245] principios y derechos que son, todos, de carácter procesal. Por ello, creemos, como Juan José Monroy Palacios, que «[…] desde la observancia de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, hasta el análisis de las añejas categorías que forman parte de su contenido (baste sólo tener en cuenta las decenas de instituciones ubicadas dentro de la tríada conceptual conformada por la teoría de la impugnación, la probatoria y la referida a las medidas cautelares), el proceso se despliega sin rubor sobre el campo privado […]».[246]

La heterocomposición de un conflicto desarrollado al interior de un procedimiento estructurado para ello es una realidad jurídica que bien puede describir aquélla que se presenta en un proceso o en un arbitraje. A esto se suma el conjunto de reglas arbitrales y procesales que se originan por tal virtud, así como las exigencias de un trato equitativo entre las partes, un derecho de defensa y un derecho de contradicción; aspectos

---

[245] Lorca Navarrete, Antonio María. «Algunas aportaciones sobre una nueva concepción de la naturaleza jurídica del arbitraje: su ámbito negocial-procesal». *Athina.* Revista de derecho de los alumnos de la Universidad de Lima. Lima, 2008, año 3, n.° 5, p. 37.

[246] Monroy Palacios, Juan José. *Loc. cit.*

que revelan que no sólo el proceso y el arbitraje son similares, sino que también lo son las disciplinas que los regulan. Una realidad semejante se traduce en una regulación con la misma calidad.

Por lo anterior, el derecho de arbitraje y el derecho procesal se interceptan cuando tienen por objeto de regulación aquellas parcelas comunes, es decir, cuando reglamentan la actividad desarrollada por las partes y los árbitros que es necesaria para resolver el conflicto. En qué casos es posible aplicar la regulación procesal a un arbitraje, es una cuestión cuya dilucidación es el propósito de los acápites que siguen a continuación.

2. El problema objeto de estudio

Atendiendo a la particularidad propia de la institución arbitral, en el desarrollo de todo arbitraje no es excepcional el surgimiento de una serie de eventos, propios de la actividad de las partes, árbitros y terceros destinada a la solución del conflicto, que no gocen de una regla específica que les sea aplicable. Esta situación se genera cuando las reglas creadas por las partes, el reglamento de una institución arbitral al que las partes se han sometido voluntariamente y la legislación arbitral establecida para regir de modo supletorio ante la ausencia de las dos primeras no han previsto la consecuencia jurídica que los árbitros deben dictaminar ante determinadas circunstancias.

La existencia de un evento propio de la actividad heterocompositiva que no ha sido regulado por las normas arbitrales aplicables coloca al tribunal arbitral frente a dos caminos: crear una regla para el evento presentado o aplicar una que, siendo parte del derecho procesal, brinde una solución concreta que posibilite la continuación del arbitraje hasta la emisión del laudo. Ambas posibilidades de solución existen, pues el árbitro goza de discrecionalidad que le permite decidir, en un escenario

propuesto, la manera en que llevará a cabo el procedimiento, sin estar sujeto a norma alguna que dictamine el modo en que debe hacerlo.[247]

El problema objeto de nuestro estudio no es la inexistencia de una regla que pueda ser aplicada por los árbitros, sino la falta de certeza sobre la existencia de reglas procesales que gocen de atributos que las hagan aplicables al arbitraje. Esta realidad impide reconocer que la aplicación de determinadas reglas del derecho procesal es, en muchos casos, el camino más adecuado que los árbitros pueden adoptar.

Los árbitros gozan de discrecionalidad en la actividad que desarrollan, pudiendo elegir la manera bajo la cual resolverán todas las cuestiones que se susciten en el procedimiento arbitral. El tribunal arbitral puede crear las consecuencias que considere adecuadas para los numerosos eventos sin regulación.[248] Sin embargo, no existe un estudio que justifique por qué, además, pueden ser aplicadas determinadas instituciones procesales para conseguir dicha finalidad.

---

[247] Es ampliamente reconocido que en el arbitraje moderno los árbitros gozan de plena discresionalidad, es decir, poseen la cualidad de *hacer libre y prudencialmente* cuando se encuentren frente a la falta de acuerdo de las partes sobre la regla aplicable a un hecho concreto del procedimiento arbitral. Esto se evidencia, por ejemplo, en el artículo 19(b) de la Ley Modelo Cnudmi, según el cual ante la falta de acuerdo de las partes sobre el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, el tribunal arbitral puede «dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado», aunque esta actuación siempre debe sujetarse a las disposiciones reguladas en dicha Ley Modelo, sobre todo aquéllas relativas al trato equitativo de las partes. Sobre el concepto de *discrecional*, *vid*. Real Academia Española (RAE). *Diccionario de la lengua española,* 22.ª edición. Consulta: 26 de febrero de 2011. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

[248] Resulta interesante la propuesta de William Park de complementar el cuerpo procesal básico que, usualmente, se estila imponer a los arbitrajes, con un cuerpo de reglas arbitrales más específicas, que se adelanten a los hechos que pueden producirse en el trámite arbitral, de modo tal que éste se haga más predecible para las partes y no quede a la absoluta discreción de los árbitros. *Vid.* Park, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje». *Op. cit.*, p. 29.

Las opiniones que abogan por la ausencia de un sustento suficiente para la mencionada aplicabilidad se han basado, en su mayoría, en el carácter formalista que le atribuyen al derecho procesal en la rigurosidad que, según aquéllas, lo caracteriza, en contraposición al derecho de arbitraje, y en el supuesto obstáculo que puede representar su aplicación para la obtención rápida de un laudo final. Con base en estos tópicos se ha afirmado que la aplicación de estructuras conceptuales procesales al arbitraje sólo le genera problemas a éste[249] por ser sumamente formalista,[250] que el mayor enemigo del arbitraje es el derecho procesal,[251] que los «procesaloides» manipulan las normas y los conceptos arbitrales utilizando un lenguaje propio de los sistemas legales formales y amparándose en un derecho de defensa entendido en su concepción excesivamente formalista (forma y no garantía real de trato equitativo)[252] y otras muchas afirmaciones que han tenido por objeto cuestionar la aplicación del derecho procesal al arbitraje.

---

[249] KUNDMÜLLER, Franz. «Arbitraje y jurisdicción (judicial) estatal: ¿es lo mismo con guitarra que con cajón?». *Jus. Doctrina & Práctica*. Lima, mayo 5, 2007, p. 22. El rechazo del autor a la aplicación de conceptos procesales al arbitraje viene de la mano con una propuesta destinada a desarrollar una doctrina arbitral que, basándose en sus propios principios, «se ocupe de temas arbitralmente relevantes como la separabilidad del convenio arbitral, las atribuciones de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia o *kompetenz-kompetenz*, el principio de igualdad que rige entre las partes en sede arbitral, las causales de anulación de laudo, los requisitos de validez del convenio arbitral, y el uso de tecnologías de la información y comunicaciones en el arbitraje, entre otros». *Idem*, pp. 28-29. Nótese que el autor no hace mención a una doctrina arbitral que desarrolle cómo deben enfrentarse los fenómenos que se refieren exclusivamente al desenvolvimiento del procedimiento arbitral, como la existencia de legitimidad de las partes, la concesión de medidas cautelares, la aportación de prueba y otros que forman parte de la teoría general del proceso, lo que revela la utilidad de importar el desarrollo procesal existente sobre estas instituciones al arbitraje cuando ello sea necesario.

[250] *Vid.* CANTUARIAS, Fernando. *Op. cit.*, p. 8.

[251] *Cfr.* CREMADES, Bernardo M. *Estudios sobre arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 1977, p. 190.

[252] BULLARD, Alfredo. *Loc. cit.*

Es objeto de los acápites siguientes dar solución al problema planteado, analizando si existen fundamentos o no para lo anterior y, de ser afirmativa la respuesta, en qué supuestos debe darse dicha aplicación, exponiendo, además, las ventajas de optar por dicha solución.

3. El supuesto de hecho y las condiciones exigidas para afirmar la aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje

Nuestra respuesta al problema objeto de estudio es afirmativa: existen fundamentos para afirmar la aplicabilidad de las instituciones procesales al arbitraje. Esta respuesta, sin embargo, se enmarca en un escenario específico y está sujeta a ciertas condiciones. En el punto 3.1 desarrollaremos las condiciones en las que se presenta la problemática al interior de un arbitraje y en el punto 3.2 expondremos las cualidades que deben poseer las instituciones procesales para ser aplicadas a un arbitraje.

3.1. Estado del procedimiento arbitral

> Primero: Surge un suceso en el procedimiento arbitral que no ha sido objeto de regulación por las partes, por el reglamento arbitral elegido y por la legislación arbitral.

Como lo hemos señalado ya, nuestro problema se enmarca en la inexistencia de una regulación específica para un determinado evento sucedido durante el trámite arbitral.

La habitualidad con que se presenta este fenómeno al interior de un arbitraje proviene de la combinación de dos características propias de la institución arbitral: la existencia de una regulación legislativa mínima y elemental y la libertad con que cuentan las partes para regular gran parte del procedimiento arbitral. La legislación arbitral regula aspectos generales del procedimiento, dejando a las partes la libertad de regular esos mismos aspectos u otros más específicos del modo más adecuado para resolver los conflictos suscitados entre ellas.

Dentro de esta particularidad de la institución arbitral, las situaciones que provocan que un determinado hecho no sea regulado por las partes pueden originarse por numerosos motivos.

Una de ellas recae en la inutilidad de iniciar una negociación compleja en la elaboración del convenio arbitral que regule minuciosamente todo el procedimiento arbitral. Son muchos los casos en que las partes y sus abogados no se preocupan por debatir acerca de los detalles bajo los cuales el procedimiento arbitral debe llevarse a cabo, pues entienden que esta discusión podría generar disputas que son innecesarias si se considera que las inquietudes procedimentales pueden no surgir.[253] Efectivamente, carece de utilidad para las partes que deciden someter a arbitraje sus conflictos debatir en torno al universo de situaciones que podrían surgir en el trámite arbitral y ponerse de acuerdo sobre cada una de las reglas aplicables a ellas, pues es incierto para las partes el modo bajo el que el arbitraje se desenvolverá y su existencia misma —pues, el conflicto podría no surgir—.

No abordar los detalles de procedimiento arbitral al suscribir un convenio arbitral también puede deberse a un segundo motivo: la falta de experiencia en cuestiones procedimentales de los abogados que redactan los convenios arbitrales. Los abogados que asesoran a las partes que suscriben un contrato con un convenio arbitral pueden ser especialistas en derecho contractual, derecho comercial, derecho financiero, derecho minero, derecho de marcas y patentes o cualquiera de las disciplinas a la que puede pertenecer la relación jurídica existente entre sus clientes, pero carecer de suficientes conocimientos sobre la forma cómo se lleva a cabo un arbitraje y sobre los *azares procesales* que ocurren durante el mismo.[254]

---

253 *Vid*. PARK, William. *Arbitration of International Business Disputes. Op. cit*., pp. 48, 62.

254 *Vid.* PARK, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje». *Op. cit*., p. 42.

Finalmente, las partes pueden no regular todos los aspectos del arbitraje porque su voluntad es que los árbitros sean quienes elaboren las reglas que consideren convenientes para regular los sucesos a medida que éstos surjan en el trámite arbitral. Las partes pueden considerar más eficiente que los árbitros creen reglas específicas cuya existencia es innecesaria mientras los eventos no surjan en el trámite arbitral.

Los tres motivos mencionados —futilidad de iniciar una negociación destinada a crear un cuerpo detallado de reglas arbitrales, falta de conocimientos necesarios para hacerlo o simple voluntad de dejarlo a discreción de los árbitros— tienen como consecuencia que las partes no creen de modo directo un conjunto detallado de reglas que rijan el arbitraje.

Si las partes no regularon todos los aspectos del procedimiento arbitral, el reglamento arbitral elegido —si es que lo fue— puede suplir dicha deficiencia. Sin embargo, puede suceder que el reglamento arbitral elegido no regule un determinado evento presentado en el arbitraje. En efecto, si bien las partes pueden no ocuparse de crear un cuerpo de reglas arbitrales específico, tienen como alternativa elegir el reglamento de una institución arbitral que, debido a su experiencia en la materia, ha regulado adecuadamente la diversidad de situaciones que pueden presentarse en el procedimiento arbitral. Sin embargo, los reglamentos arbitrales —aun los más especializados—[255] tienden también a establecer pautas generales sobre la conducción del arbitraje y ofrecer un cuerpo de reglas estándar que se amolde fácilmente a la diversidad de arbitrajes que decidan someterse a su administración, encargando la labor de fijar reglas procesales específicas a los árbitros.[256]

Si las reglas creadas por las partes de modo directo y los reglamentos elegidos por ellas no regulan una determinada situación proveniente del

[255] *Vid. supra*, capítulo II, acápite 2.4.5.
[256] *Vid*. Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröl. *Op. cit.*, p. 524.

procedimiento arbitral, la legislación arbitral se presenta como la fuente normativa que puede hacer frente a la ausencia señalada.

Sin embargo, la mínima regulación legislativa del arbitraje ya afirmada[257] se traduce en el establecimiento de una regulación estatal básica que, en la mayor parte de los casos, no brindará una respuesta para un evento específico del procedimiento arbitral. Si ocurre esto, estamos ante un evento que no tiene una solución en alguna de las fuentes que forman parte del derecho de arbitraje.[258]

> Segundo: El evento no regulado se origina en el procedimiento destinado a solucionar el conflicto

El problema objeto de análisis no parte de cualquier evento que no ha sido objeto de regulación arbitral. El evento tiene que ser producto de una actuación dirigida a resolver el conflicto de intereses a través de una decisión que tenga eficacia vinculante e inmutable.

Como expusimos anteriormente,[259] el principal punto de conexión entre el proceso y el arbitraje es la actividad heterocompositiva realizada al interior de dichos instrumentos que, al ser objeto de regulación del derecho procesal y del derecho de arbitraje, da origen a reglas arbitrales

---

[257] *Vid. supra*, capítulo II, acápite 2.2.

[258] Ciertamente, la ausencia de normas arbitrales aplicables podría ser enfrentada por los árbitros acudiendo a los lineamientos elaborados por diversas instituciones arbitrales —por ejemplo, las *Notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral* o las *Directrices sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional de la International Bar Association (IBA)*— creados para mitigar algunos de los riesgos generado por la discreción arbitral. *Vid.* PARK, William. *Arbitration of International Business Disputes. Op. cit.*, p. 63. Sin embargo, muchos de dichos lineamientos establecen cuestiones procedimentales —por ejemplo, disposiciones relativas a la forma de comunicación entre las partes y los árbitros y el intercambio de escritos; a la forma en que las declaraciones testimoniales deben llevarse a cabo; entre otros—, que no proporcionan soluciones a las cuestiones surgidas de la experiencia procesal que son el objeto de nuestro estudio.

[259] *Vid. supra*, capítulo III, acápite 1.1.

y procesales semejantes, pudiendo ser aplicadas estas últimas al arbitraje cuando así lo demande.

En consecuencia, para aplicar reglas procesales al arbitraje, debe presentarse un acto cuyo fin último es contribuir a resolver el conflicto de intereses, es decir, un acto realizado por las partes dirigido a obtener un pronunciamiento del árbitro que, en conjunto con otros, tenga por finalidad componer el conflicto, o un acto realizado por el árbitro que esté dirigido a resolverlo.

Difícilmente podríamos enumerar aquí la infinidad de situaciones procesales que pueden originarse en el trámite de un arbitraje derivadas de este hecho; a modo de ejemplo, situaciones de este tipo son la conformación de la relación jurídico-arbitral; el ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de medios probatorios y la carga de la prueba; la impugnación de las decisiones arbitrales; entre otros.[260] Pero sí podemos mencionar qué aspectos no generan la situación procesal a la que nos referimos:

- Todos los actos relacionados con la suscripción del convenio arbitral.
- Todos los actos relacionados con la conformación del tribunal arbitral.
- Todos los actos relacionados con la obligación de pago de honorarios arbitrales y otros gastos.
- Todos los actos que sean propios de la institución arbitral y que no tengan relación alguna con la resolución del conflicto.

[260] Podemos citar, a modo de ejemplo, algunas de las situaciones que William Park califica como temas procesales respecto de las cuales existe una deficiencia de reglas adecuadas para ellos. Entre estos asuntos se encuentra la forma de determinar la carga de la prueba, cuándo se deben solicitar peritos, cuándo se puede decidir un asunto basado únicamente en documentos o cuándo no es necesario llevar a cabo una audiencia de pruebas. *Vid.* Park, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje». *Op. cit.*, pp. 51-53.

En tal sentido, todas las actuaciones arbitrales —sean de las partes o de los árbitros— realizadas en torno a los aspectos mencionados, quedan excluidas de nuestro análisis, pues éstas son materias de la institución arbitral que no tienen un correlato en el proceso que haya demandado la creación de una regla procesal que las regule.

Con base en los parámetros antes mencionados, la determinación sobre si el asunto es, finalmente, uno que se origina en la actividad heterocompostiva será realizada por los árbitros cuando estén frente al caso en concreto.

3.2. Cualidades necesarias para considerar aplicable en un arbitraje una institución procesal

> Primero: Existe una institución procesal que regula el evento acaecido y que no constituye una formalidad prescindible para su solución

El primer paso que debe darse para aplicar una institución procesal al arbitraje consiste en identificar aquélla que brinde una consecuencia jurídica al evento no regulado por las normas arbitrales aplicables, es decir, aquella institución procesal que señale al árbitro qué disposición debe formular frente al evento presentado.

Nos referimos a una *institución procesal* y no a una *regla procesal*, pues ésta se refiere no sólo a las instituciones procesales, sino también a las normas y principios ideados para establecer una regulación acorde con el objeto de estudio del derecho procesal,[261] cuya aplicabilidad no es objeto de este trabajo.

No invocamos la aplicación de las normas procesales, pues éstas son expresión de una voluntad legislativa que puede o no recoger los conceptos fundantes sobre los que se construye la teoría procesal. Además,

---

[261] *Vid*. *supra*, capítulo I, acápite 3.1.

las normas procesales pueden haber sido excluidas del arbitraje por las partes, razón por la cual el análisis de aplicabilidad de normas procesales sería en dichos casos un análisis inútil.

Asimismo, dejamos de lado en nuestro análisis los principios procesales, pues éstos son postulados sobre los cuales se construye el sistema procesal, que han sido desarrollados en función del instituto *proceso*. Si bien *proceso* y *arbitraje* son institutos semejantes en algunos aspectos, en otros no lo son; por ello, pretender aplicar principios procesales al arbitraje demandaría un estudio pormenorizado de cada uno de los principios procesales existentes, sus alcances y su posible adecuación al arbitraje para considerarlos, además, principios *arbitrales*. Ciertamente, ésta es una labor que excede el propósito del presente trabajo.

Las instituciones procesales —cuya aplicabilidad propugnamos en esta obra— son entendidas como el conjunto de conceptos fundantes sobre los que se construye toda la teoría procesal, conceptos que, en su mayoría, surgen de la realidad jurídico-procesal, desarrollándose en función a la finalidad que se persigue a través del mecanismo procesal. Las instituciones procesales son objeto de lo que se denomina *teoría general del proceso*¸ disciplina que tiene por objeto de estudio todos aquellos elementos comunes a todo tipo de procesos, considerándolos como entes abstractos al servicio de una finalidad.

Los conceptos fundantes de todo proceso, independientemente de la materia que se discuta en él, tienen un reconocimiento universal que trasciende la existencia o no de una norma procesal que los recoja. Estos conceptos parten de un estudio de la realidad que se presenta al interior del proceso, desarrollada en función a la finalidad instrumental que él persigue y que consiste en dar, a través de la solución de los conflictos, efectividad real a las situaciones jurídicas reconocidas por el derecho sustancial. Esta realidad y finalidad son también compartidas por la institución arbitral, lo que permite comprender por qué las instituciones procesales son, entre las distintas clases de reglas procesales, las reglas

elegidas para el presente análisis: porque al haber sido desarrolladas a partir de la experiencia jurídico-procesal surgida en torno a la heterocomposición del conflicto, dan respuestas a cualquier evento que se origine en tal situación, sea que se presente en un proceso o en un arbitraje.

En tal sentido, el análisis comporta identificar entre el universo de instituciones procesales aquélla que habiéndose ocupado del evento no regulado arbitralmente ofrezca una solución, una consecuencia frente a aquél.

Pero no basta con identificar la institución procesal, es indispensable verificar que dicha institución goce de determinadas cualidades que hagan posible su aplicación.

En el primer capítulo,[262] al desarrollar los alcances de las categorías *regla procesal*, *formalidad procesal* y *formalismo procesal*, formulamos diversas hipótesis sobre sus alcances que serían útiles para este trabajo. Así, afirmamos que la *regla procesal* tiene como fuentes a la realidad jurídico-procesal originada al interior del proceso y a la creación estrictamente legislativa; distinguimos entre *regla procesal* y *formalidad procesal* al afirmar la existencia de reglas procesales con un contenido formal y reglas procesales sin dicho contenido; y expresamos los escenarios en los que es válida la exigencia de formalidades procesales, distinguiéndolos de aquéllos en donde su defensa representa un *formalismo procesal* que debe ser rechazado, en tanto represente una traba a la consecución de la finalidad.

Los alcances y la relación existente entre *regla procesal*, *formalidad procesal* y *formalismo procesal* permiten, en este apartado, identificar cuáles son las cualidades que debe poseer una regla procesal para ser pasible de ser aplicada en un arbitraje.

Si hablamos de las fuentes que dan origen a una regla procesal, la institución procesal elegida debe ser producto de la experiencia jurídico-

[262] *Vid*. *supra*, capítulo I, acápite 3.2.

procesal, es decir, debe ser una institución nacida en el desenvolvimiento del proceso, que luego ha sido objeto de estudio y desarrollo doctrinario. Dentro del límite impuesto, las instituciones procesales a las que nos referimos deben ser aquéllas que surjan de considerar al proceso como una abstracción o como instrumento al servicio de una finalidad, dejando de lado todas las instituciones desarrolladas en torno a la función jurisdiccional ejercida en él.

Así, dentro de las instituciones procesales desarrolladas a partir de la realidad existente al interior del proceso podemos identificar al litisconsorcio, la legitimidad para obrar, el interés para obrar, la capacidad para obrar, la pretensión, la intervención de terceros, la teoría cautelar, la teoría de la prueba, entre otras.

El primer filtro impuesto a la aplicación de instituciones procesales excluye la aplicación de aquellas reglas originadas en la creación estrictamente legislativa, tales como los plazos para la realización de determinados actos procesales. La razón de ello recae en que dichas reglas son creaciones realizadas con base en motivaciones particulares de una organización política, sin reconocimiento universal alguno, relativas a un espacio y momento históricos. Por tal motivo, su importación al arbitraje no brinda utilidad alguna a los árbitros, pues no existe razón alguna para preferirlas por sobre las que, en su lugar, puedan crear ellos mismos.

Además de elegir una institución procesal nacida en la experiencia jurídico-procesal, también es necesario conocer si aquella regla procesal establece o no una formalidad procesal.

Si la institución procesal elegida no representa una formalidad procesal —al no establecer condiciones para la realización de los actos procesales—, sino que establece situaciones jurídicas procesales —p. ej., derechos, cargas o deberes de las partes—, ella es apta para ser aplicada al arbitraje siempre que su contenido no tenga por objeto un aspecto no

compartido entre el proceso y el arbitraje como, por ejemplo, el ejercicio de la función jurisdiccional o los derechos integrantes del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que no sean aplicables al arbitraje —p. ej., el derecho a un juez predeterminado por ley—. Sólo podrán ser aplicables aquellas instituciones que tengan por objeto aspectos compartidos por dichas instituciones como, por ejemplo, las instituciones relacionadas con la defensa de un trato equitativo, el derecho de defensa de las partes o el derecho de contradicción; la posibilidad de solicitar medidas cautelares, entre otros.

Si la institución procesal elegida representa una formalidad procesal —al establecer condiciones para la realización de los actos procesales—, ella podrá ser aplicada al arbitraje siempre que tenga una justificación válida para ello.[263] Así, las formalidades procesales son aplicables en un arbitraje i) si establecen las condiciones necesarias para llevar a cabo determinado acto del procedimiento arbitral dirigido a componer el conflicto, pero que no ha sido materia de regulación arbitral; o ii) si determinan las condiciones necesarias para resguardar las mínimas garantías de audiencia bilateral, contradicción e igualdad entre las partes.[264] [265]

En conclusión, para dar una solución procesal al evento no regulado en el arbitraje es necesario identificar la institución procesal que, surgida en la experiencia jurídico-procesal y desarrollada en el seno de la teoría general del proceso, brinde la consecuencia que mejor responda a aquél, pudiendo o no ser una formalidad procesal y, en caso de serlo, procurar que esté amparada en motivos válidos que justifiquen su aplicación y

---

[263] *Vid*. *supra*, capítulo I, acápite 3.3.4.

[264] Aunque sustentada en la Ley n.° 26572, Ley General de Arbitraje peruana (hoy derogada), en el mismo sentido opina Carlos Matheus. *Vid*. MATHEUS, Carlos. *Op. cit.*, p. 129.

[265] Hemos omitido el tercer motivo bajo el cual defendimos, en el acápite 3.3.4 del capítulo I, la exigibilidad de formalidades procesales: el relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional a través del proceso. Al no ejercerse dicha función en el arbitraje, no resultan de aplicación las formalidades procesales que tengan dicho objeto.

deslegitimen cualquier pretensión de considerarla como un formalismo procesal.

> Segundo: La aplicación de la institución procesal elegida no obstaculiza la pronta obtención del laudo final.

En el capítulo II afirmamos[266] que las principales particularidades del arbitraje que lo distinguen del proceso y, a su vez, representan sus principales ventajas sobre aquél son la libertad que poseen las partes para regular el procedimiento arbitral, la flexibilidad que caracteriza a las normas arbitrales, la celeridad en la emisión de los actos arbitrales, la reserva de las actuaciones arbitrales y la especialización de los árbitros.

Entre los elementos distintivos mencionados, solamente uno podría verse afectado como consecuencia de importar una institución procesal y aplicarla al arbitraje. Nos referimos a la celeridad en la emisión de los actos arbitrales y en la resolución del conflicto.

La configuración de la institución arbitral, la mínima regulación estatal que incide en su desenvolvimiento y la posibilidad de crear las reglas adecuadas para cada caso concreto son condiciones que permiten que la resolución de los conflictos a través del arbitraje se lleve a cabo en un período de tiempo razonable y corto si lo comparamos con el período de tiempo promedio de duración de un proceso, lo que permite a los sujetos en conflicto obtener oportunamente los pronunciamientos que les permitan satisfacer sus intereses de manera oportuna.

La celeridad que reviste la institución arbitral puede verse seriamente afectada si se aplican instituciones procesales que, no obstante ser adecuadas para el evento suscitado, tengan como efecto dilatar innecesariamente el trámite arbitral. Puede acusarse al derecho procesal de poseer un cuerpo de reglas procesales extenso, que al cubrir casi todos los eventos que pudiesen suscitarse en el proceso influye en el tiempo en que éste

---

266 *Vid*. *supra*, capítulo II, acápite 2.4.

se resuelve definitivamente. Sin embargo, esta acusación no siempre alcanza a cada una de las instituciones procesales consideradas individualmente. Aplicar una institución procesal al arbitraje no significa aplicar el derecho procesal en su conjunto y, por esta razón la aplicación de la institución procesal no siempre tiene como efecto la dilación innecesaria del trámite arbitral.

En consecuencia, la institución procesal elegida como la más idónea para dar respuesta al evento no regulado debe ser aplicada al arbitraje siempre que ésto no genere una demora innecesaria o perjudicial para el arbitraje o, generándolo, se considere que la solución que ella brinda a los eventos no regulados es un bien de mayor valor que la rapidez que puede ser sacrificada como consecuencia de dicha aplicación.

4. La aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje. Consideraciones finales

La cualidad que posee una institución procesal para ser aplicable al arbitraje proviene del cumplimiento de las condiciones expuestas en el punto anterior. Su aplicabilidad se verifica cuando ésta no representa una formalidad prescindible para la solución del caso y, además, cuando su aplicación no obstaculiza la pronta obtención del laudo arbitral. En este caso, la institución procesal elegida posee la cualidad de ser aplicable a todo procedimiento arbitral en el que se presente un suceso originado en la actuación de las partes dirigida a solucionar el conflicto, que no haya sido objeto de regulación por ellas, por el reglamento arbitral elegido y por la legislación arbitral.

Las condiciones identificadas como necesarias para hacer aplicables las instituciones procesales en un arbitraje surgen de la conciliación entre las particularidades propias de cada instituto —procesal y arbitral— y las semejanzas que ellos comparten. Este origen legitima la aplicabilidad propugnada en función de dichas condiciones, presentándola como una

vía válida que debe ser considerada por el tribunal arbitral para resolver los azares que pueden sobrevenir en el procedimiento arbitral.

La incertidumbre generada en torno a si algunas reglas procesales gozan de atributos que las hagan aplicables en el procedimiento arbitral queda, entonces, despejada. Así, los árbitros, en ejercicio de su discrecionalidad para decidir la forma bajo la cual resolverán determinados sucesos del procedimiento arbitral, pueden crear las consecuencias que consideren adecuadas para los eventos sin regulación, pero también pueden aplicar las instituciones procesales que posean determinados atributos para conseguir el propósito perseguido.

Nuestra propuesta no sólo se traduce en una posibilidad justificada de emplear mecanismos procesales en el procedimiento arbitral; además, sugiere que, entre esta vía y la de la producción directa de normas por parte del tribunal, la aplicación de una regla procesal es la opción más adecuada para la realización de los fines perseguidos.[267]

La aplicabilidad bajo las condiciones señaladas demuestra que, antes que ser el mayor enemigo del arbitraje, el derecho procesal es el amigo *más cercano y el mejor* que tiene dicho instituto, pues la adopción de una intuición procesal en lugar de crear una regla específica otorga ventajas innegables al arbitraje que se suman a la aplicabilidad propugnada y la refuerzan.

Las instituciones procesales que son desarrolladas por la doctrina procesal y que forman parte, en su mayoría, de la teoría general del proceso, son fruto de cientos de años de experiencia procesal, cientos de estudios desarrollados en torno a cuáles son las consecuencias jurídicas que mejor responden a dichos fenómenos, y cientos de hipótesis comprobadas sobre

---

[267] William Park considera que los beneficios de la discrecionalidad en el arbitraje están sobredimensionados, pues la flexibilidad que lo caracteriza puede convertirse en un costo innecesario para las partes. Park, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje». *Op. cit.* p. 18.

cuál es la mejor vía, la mejor consecuencia, el mejor método que debe concederse a determinado evento procesal. Si las instituciones procesales no fuesen consideradas por el juzgador —sea éste un órgano jurisdiccional o un tribunal arbitral—, éste se vería obligado a elaborar, para el caso concreto, sus propias reglas. Esta situación no sólo ocasionaría un desperdicio de tiempo reprochable, sino que, además, haría inutilizable el tesoro de la experiencia tomada de la historia del derecho procesal.[268]

El tribunal arbitral puede crear, en cada caso concreto, la consecuencia más adecuada para los eventos que se susciten en el conocimiento de determinada controversia. Sin embargo, la imposibilidad —por límites temporales— de realizar un estudio profundo, acucioso y extenso sobre la consecuencia de su actuar, que considere todas las posibles ventajas, desventajas y efectos de adoptarla, y además, la muy probable ausencia de una amplia experiencia previa sobre el evento específico que permita visualizar al tribunal arbitral los efectos de su decisión, limitarán las posibilidades de que la disposición adoptada sea la más adecuada para el evento concreto que le corresponda enfrentar.

Son innegables las diferencias existentes entre las instituciones procesal y arbitral, y por ello, estamos de acuerdo con quienes manifiestan los peligros de una «procesalización» del arbitraje a través de la aplicación indiscriminada de las normas procesales previstas en la legislación aplicable. La aplicabilidad de instituciones procesales sustentada en la existencia de condiciones determinadas en función de la conciliación entre las instituciones arbitral y procesal delimita el campo de importación y aplicación de las reglas procesales y evita una procesalización del arbitraje. Por esta razón, aquellas condiciones toman como punto de partida las principales ventajas del arbitraje —para no anularlas— y los elementos procesales que generarían efectos perjudiciales a la institución arbitral —para impedir su ingreso al procedimiento arbitral—.

---

[268] *Cfr*. Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Op. cit*., p. 33.

La exigencia de una institución procesal que no represente una formalidad prescindible para la solución del evento no regulado, y cuya aplicación no obstaculice la pronta composición del conflicto, evita, además, que la aplicación de reglas procesales que no cumplan con estas condiciones genere prácticas procesales abusivas como invocar formalidades establecidas en la legislación procesal aplicable que no tienen utilidad alguna y más bien traen como consecuencia una dilación excesiva del procedimiento arbitral.[269]

No es conveniente trasladar instituciones del derecho procesal sin tener en cuenta los principios y lógica propios de un arbitraje, pero tampoco es conveniente «huir» del ordenamiento procesal. No se propugna un traslado irreflexivo del derecho procesal, sino uno que provea beneficios a la institución arbitral. Esto nos lleva a mirar instituciones procesales que se encuentran dentro de los límites señalados como el litisconsorcio, la acumulación de pedidos, la intervención de terceros, las medidas cautelares, la prueba, la legitimidad para obrar, la litispendencia[270] y otras figuras similares, que tienen plena aplicación en un arbitraje al ser instituciones surgidas de las vicisitudes que se presentan al interior de un proceso o de un arbitraje y que, por ello, han sido estudiadas minuciosamente y perfeccionadas a lo largo de la historia del derecho procesal.

Un ejemplo que ilustra una institución procesal aplicable al arbitraje bajo los parámetros defendidos es el litisconsorcio. La acumulación de sujetos en una misma parte procesal es una realidad que se presenta en el desenvolvimiento de todo proceso, razón por la cual ha sido desarrollada por la doctrina procesal e incorporada normativamente en las diversas legislaciones procesales del mundo.

---

269 *Vid*. Park, William. *Arbitration of International Business Disputes. Op. cit.*, pp. 448-451.

270 Sobre la forma como la litispendencia se aplica al arbitraje, *vid.* Cremades, Bernardo M. e Ignacio Magdalena. «Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.° 6, pp. 3-87.

La propia práctica procesal ha demostrado que una parte puede estar conformada por más de un sujeto en función de la conexión que tengan las pretensiones formuladas con la titularidad de las situaciones jurídicas que son objeto del proceso. La reunión de sujetos, ya sea como demandantes o como demandados, debe corresponder a la titularidad fijada en el derecho sustancial, sin lo cual sería inválida la actuación procesal. De este modo, la realidad constituida por la tutela jurídica primaria se traslada al proceso, el cual no puede sino acogerla.

El desarrollo doctrinal sobre el litisconsorcio y su posterior incorporación en los textos legales no responde a una decisión del grupo encargado de elaborar una legislación nacional para una época específica, sino una consecuencia lógica derivada de la realidad jurídica proveniente de otras parcelas del ordenamiento jurídico primario, en este caso, del derecho civil.[271]

La necesidad de establecer reglas específicas que respondan adecuadamente a la existencia de varios sujetos en una misma posición de parte, que se verifica en toda clase de procesos, frente a cualquier calidad de sujetos que lo integren, y sin que tenga relevancia el territorio en que se presente, ha demandado un estudio profundo sobre los alcances del litisconsorcio y la mejor manera de regularlo, estableciendo las consecuencias más adecuadas para acoger el fenómeno en toda su amplitud.

La invocación del litisconsorcio en un proceso no representa una formalidad ni, mucho menos, un formalismo; su justificación se sustenta en que la decisión que se adopte en él será impuesta con carácter obligatorio al conjunto de sujetos señalados por el derecho sustancial como destinatarios de la tutela —sean los beneficiados o los obligados—. Este efecto demanda la regulación de la participación de todos

[271] El derecho civil regula diversas situaciones materiales que recaen en una diversidad de sujetos; piénsese, por ejemplo, en la copropiedad, en la nulidad de un contrato con varias partes, en una sucesión intestada, entre otros.

ellos en el mecanismo que, a través de la sentencia, impondrá un efecto de ineludible cumplimiento.

La regulación del litisconsorcio se hace indispensable en cualquier medio, ya sea procesal o arbitral, pues en cualquier caso la consecuencia es la misma: la decisión sobre un conflicto derivado del cumplimiento no espontáneo de una norma de derecho sustancial y la obtención de una decisión final con eficacia vinculante y de obligatorio cumplimiento para los sujetos que forman una misma parte. La eficacia que tiene esta decisión hace necesaria la presencia de todos los titulares de la situación jurídico-material en el arbitraje o proceso; de otro modo, la sentencia o laudo final será nula por pretender alcanzar con sus efectos a sujetos que no tuvieron la posibilidad de ejercer su derecho de defensa o a aquéllos que, por no tener vinculación jurídica alguna con la materia discutida, no debieron formar parte de aquél.

El litisconsorcio es una institución procesal que, aunque desarrollada en el seno del derecho procesal, resulta plenamente aplicable al arbitraje. Su invocación en éste y la aplicación de sus reglas por parte del tribunal arbitral no representa un mero formalismo del proceso civil ni atenta contra la celeridad e informalismo del arbitraje; al contrario, evita que los árbitros regulen dicha realidad de modo defectuoso, generando un laudo inválido que pueda ser impugnado ante las autoridades estatales y anulado por el vicio presentado en el trámite arbitral.

Todo lo dicho hasta aquí, además de justificar la aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje, permite comprender por qué se afirma que el arbitraje moderno es, dependiendo de la perspectiva con que se mire, *bendito o maldito*:[272] bendito porque permite a los árbitros

[272] Aunque refiriéndose a temas probatorios y de presentación de defensa, William Park hace una afirmación que puede trasladarse a la diversidad de cuestiones procesales que pueden presentarse en el arbitraje: «Un breve vistazo a las leyes de arbitraje, tratados y normas institucionales revela una relativa escasez de normas de procedimiento fijadas para regir estas cuestiones. El arbitraje moderno es bendito o

crear la regla que mejor se ajuste al caso concreto, pero maldito porque una discreción mal empleada para resolver determinadas cuestiones del procedimiento arbitral podría traer consecuencias nocivas para el arbitraje. Una decisión que prive al arbitraje de la madurez de las instituciones procesales alcanzada por el derecho procesal, que no hace sino recoger realidades comunes del arbitraje y el proceso, tendrá, sin duda, una consecuencia que generará el efecto del que el árbitro pretendió escapar.

El tribunal arbitral siempre tendrá los dos caminos mencionados: el de la creación de una regla específica y el de la aplicación de una institución procesal. La consideración de este último camino ha sido plenamente justificada aquí. Quizás, como consecuencia de este hecho, el primer camino comience a erosionarse.

***

maldito (dependiendo de la perspectiva) con la falta de normas establecidas respecto de cómo los árbitros conducen los procedimientos […]». Traducción libre de «The briefest look at arbitration statutes, treaties, and institutional rules will reveal a relative paucity of fixed procedural rules to govern these matters. Modern arbitration is either blessed or cursed (depending on perspective) with a lack of fixed standards related to how arbitrators conduct proceedings […]». PARK, William. *Arbitration of International Business Disputes*. *Op. cit.*, p. 46.

Conclusiones

i. Sobre las reglas procesales, puede afirmarse que: i) las principales circunstancias que les dan origen son la experiencia jurídico-procesal desplegada en torno al proceso y desarrollada por la doctrina procesal, y la creación legislativa no originada en un desarrollo doctrinal precedente; y ii) no todas las reglas procesales contienen una formalidad: las reglas originadas en una creación exclusivamente legislativa siempre lo son, sin embargo, las surgidas de la experiencia jurídico-procesal pueden no serlo.

ii. La defensa de las formalidades procesales está justificada si ellas tienen por finalidad: i) contribuir al desenvolvimiento del proceso, señalando qué actos deben ser realizados, su forma, el momento y el lugar; ii) establecer las condiciones bajo las cuales los órganos jurisdiccionales deben ejercer la función encomendada, limitando un ejercicio abusivo del poder; y iii) asegurar el cumplimiento de las garantías procesales derivadas del reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Las formalidades que no estén justificadas en estos motivos serán consideradas formalismos procesales.

iii. El contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la efectividad como su rasgo esencial, influyen en la existencia de un contenido antiformalista de la regulación procesal de dos maneras: i) dan origen a reglas procesales con un contenido que establece derechos y obligaciones de los sujetos procesales para hacer efectivo el goce del derecho; y ii) inspira la creación de formalidades que garanticen un goce efectivo del derecho por

parte de los justiciables, y no la de aquéllas que tienen un efecto contrario a este fin.

iv. El arbitraje tiene un desarrollo procesal reconocido por todas las teorías jurídicas que pretenden explicar su naturaleza jurídica; sin embargo, no puede ser equiparado al proceso ni ser asimilado al derecho jurisdiccional por no desarrollarse en su interior dicha función; y, además, por las implicancias que la autonomía de la voluntad tiene en su génesis y en su regulación. Por ello, adoptamos la postura que considera al arbitraje como una institución autónoma, cuya disciplina se denomina *derecho de arbitraje*, con una regulación propia, pero influenciada, en cuanto al procedimiento que se desarrolla en él, por el derecho procesal.

v. El desencuentro entre el proceso y el arbitraje se da en cuatro aspectos: i) la autonomía de la voluntad que gobierna la institución tiene como consecuencia la existencia de dos fuentes de normas arbitrales: las normas arbitrales creadas por el legislador y las originadas en la voluntad de las partes; ii) a diferencia de la legislación procesal, la legislación arbitral se caracteriza por establecer una regulación mínima, con pautas generales sobre aquellos aspectos necesarios para la existencia y funcionamiento del arbitraje, y con reglas imperativas sobre aspectos de orden público; siendo labor de las partes establecer una regulación más específica; iii) la regulación arbitral contiene normas inexistentes en la regulación procesal, como las reglas relativas a la conformación del tribunal arbitral y las relativas al pago de gastos arbitrales; y iv) el arbitraje se caracteriza y distingue del proceso por la libertad de las partes para regular el procedimiento arbitral, la flexibilidad de sus reglas, la celeridad en la realización del procedimiento, la privacidad que caracteriza la actividad arbitral y la especialización de los árbitros.

vi. Los puntos de encuentro entre el proceso y el arbitraje, se presenta en lo siguiente: i) la existencia de una misma finalidad: la solución de conflictos de intereses con eficacia vinculante e inmutable; ii) la existencia de una estructura similar; iii) la existencia de una regulación semejante: la existencia de formalidades y el rechazo al formalismo; y iv) la exigencia de unas garantías de orden procesal que, en caso del arbitraje, se denominan *debido proceso arbitral*.

vii. Sí existen reglas procesales que gozan de atributos que las hacen aplicables a un arbitraje. Para que un árbitro, en ejercicio de su discrecionalidad, las adopte en lugar de crear una regla particular, es necesario que se presenten las siguientes situaciones: i) que surja un evento que no ha sido objeto de una regla específica; y ii) que el evento haya sido producido por una actuación dirigida a resolver el conflicto de intereses.

viii. Las cualidades necesarias para considerar aplicable una institución procesal en un arbitraje son dos: i) la institución procesal elegida no constituye una formalidad prescindible para su solución; es decir, la institución debe ser producto de la experiencia jurídico-procesal, pero dejando de lado las desarrolladas en torno al ejercicio de la jurisdicción. Si no representa una formalidad procesal, es apta para ser aplicada al arbitraje siempre que su contenido no tenga por objeto un aspecto no compartido entre el proceso y el arbitraje. Si la institución procesal elegida representa una formalidad procesal, ella podrá ser aplicada al arbitraje siempre que tenga una justificación válida para ello, es decir, si con ella se puede llevar adelante el procedimiento arbitral o si determinan las condiciones necesarias para resguardar las mínimas garantías de audiencia bilateral, contradicción e igualdad entre las partes; y ii) la aplicación de la institución arbitral no genera una demora innecesaria o perjudicial para el arbitraje, o, generándola, se considere que la solución que ella

brinda a los eventos no regulados es un bien de mayor valor que la rapidez en la emisión del laudo.

ix. No sólo bajo las condiciones señaladas el árbitro *puede* aplicar las instituciones procesales en un arbitraje. En muchos casos, la aplicación de la regla procesal es la opción más adecuada para la realización de la finalidad perseguida por el arbitraje; y, por ende, el árbitro *debe* aplicarla. La creación de una regla específica en vez de la adopción de una institución procesal fruto de siglos de estudio científico, conlleva el riesgo de no aplicar la más idónea por la imposibilidad de que el árbitro realice un estudio profundo y extenso sobre la consecuencia de su actuación, que considere todas las posibles ventajas, desventajas y efectos de adoptarla, y, además, debido a una muy probable inexperiencia sobre el evento específico que le permita visualizar los efectos de su decisión.

x. No es conveniente trasladar instituciones del derecho procesal sin tener en cuenta los principios y lógica propios de un arbitraje, pero tampoco es conveniente «huir» del mismo. Se propugna un traslado de instituciones procesales que provean beneficios al arbitraje, como el litisconsorcio, la acumulación de pedidos, la intervención de terceros, las medidas cautelares, la prueba, la legitimidad para obrar, la litispendencia, y otras figuras similares, que tienen plena aplicación al ser instituciones surgidas de los vicisitudes que se presentan al interior de un proceso y de un arbitraje, y que han sido estudiadas y perfeccionadas a lo largo de la historia del derecho procesal.

Bibliografía

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa. (Contribución al estudio de los fines del proceso)*. México D.F.: Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1970, 2.ª edición.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Nuevos estudios de derecho procesal*. Madrid: Tecnos, 1980.

Allorio, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Dos volúmenes. Buenos Aires: E.J.E.A., 1963.

Almagro Nosete, José. «La ejecución del laudo arbitral». En *I Congreso de Derecho Vasco del Arbitraje (1988). Estudios de derecho de arbitraje. Examen crítico de la nueva ley de arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1988.

Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Del formalismo en el proceso civil. (Propuesta de un formalismo-valorativo)*. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra, 2007.

Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra, 2007.

Alzamora, Mario. *Introducción a la ciencia del derecho.* Lima: Tipografía Sesator, 1980, 7.ª edición.

Arrarte, Ana María. «Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo». En Castillo Freyre, Mario (dir.). *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra, 2008, segunda parte, pp. 115-152.

Asamblea de la República Portuguesa. *Ley n.° 31/1986 de 29 de agosto de 1986. Arbitragem voluntária*, 29 de agosto de 1986.

Asamblea Legislativa de Panamá. *Constitución Política de la República de Panamá*, 11 de octubre de 1972, reformada por los Actos Reformatorios 1 y 2 del 5 y 25 de octubre de 1978, respectivamente; por el Acto Constitucional aprobado el 24 de abril de 1983; por los Actos Legislativos 1 de 1993 y 2 de 1994 y por el Acto Legislativo 1 de 2004.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley n.° 7757 de 9 de diciembre de 1997. Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social,* 14 de enero de 1998.

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. *Decreto Legislativo n.° 914 de 11 de julio de 2002. Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje*, 21 de agosto de 2002.

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. *Constitución Política de Colombia*, 4 de julio de 1991.

Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.* 30 de diciembre de 1999.

Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. *Ley n.° 540 de 25 de mayo de 2005. Ley de Mediación y Arbitraje,* 24 de junio del 2005.

Barona Vilar, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Aranzadi, 2006.

Barraclough, Andrew y Jeff Waincymer. «Mandatory rules of law in International Commercial Arbitration». *Melbourne Journal of International Arbitration*. Melbourne, 2005, vol. 6, n.° 2, pp. 205-244.

Barrios de Angelis, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1956.

Barrios de Angelis, Dante. «Muerte y resurrección del conflicto». *Revista de derecho procesal*. Madrid, 2000, n.° 1, pp. 7-20.

Berizonce, Roberto. «El arbitraje institucional en Iberoamérica». *Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, 2000, n.° 53, pp. 753-767.

Bermann, George. «Introduction: Mandatory rules of law international arbitration». *The American Review of International Arbitration*. Nueva York, 2007, vol. 18, n.os 1-2, pp. 1-20.

Bernardo San José, Alicia. *Arbitraje y Jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2002.

Blackaby, Nigel. «La importancia de la forma y del alcance de la decisión arbitral para su ejecución». En Mantilla Serrano, Fernando (coord.). *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*. Bogotá: Legis, 2007, pp. 171-189.

Bockstiegel, Karl-Heinz. «The role of party autonomy in International Arbitration». *Dispute Resolution Journal*. Nueva York, 1997, vol. 52, n.° 3, pp. 24-30.

Bonet, Ángel. *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad.* Zaragoza: Institución Fernando El Católico, 1981.

Born, Gary. *International Commercial Arbitration. Commentary and Materials*. La Haya: Kluwer Law International, 2001, 2.ª edición.

Briceño Sierra, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. *Situación internacional.* México D.F.: Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

Bullard González, Alfredo. «Comprando justicia: ¿Genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?». *Thémis.* Revista de Derecho. Lima, 2007, n.° 53, pp. 71-89.

Bullard González, Alfredo. «¿Es un arbitraje un juicio?». En Soto, Carlos. «Arbitraje comercial y arbitraje de inversión». *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2009, vol. 1, 145-153.

Bustamante, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores, 2001.

Bustamante, Reynaldo y otros. «Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la tutela jurisdiccional efectiva». *Ius et Veritas.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2010, n.° 39, pp. 318-329.

Caivano, Roque. «Retos del arbitraje frente a la administración de justicia». En Castillo Freyre, Mario (dir.). *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Primera parte. Lima: Palestra, 2008, pp. 33-63.

Caivano, Roque. «El plazo para laudar y el carácter supletorio de las normas legales en el arbitraje institucional». *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Buenos Aires, 2008-A, año 41, n.° 230, pp. 813-828.

Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007.

Cantuarias Salaverry, Fernando. «Me parece incorrecto haber "constitucionalizado" el arbitraje». *Jus. Doctrina & Práctica*. Lima, mayo 2007, pp. 3-8.

Cantuarias Salaverry, Fernando y Diego Aramburú. *El arbitraje en el Perú. Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994.

Cappelletti, Mauro y Bryant Garth. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos.* México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

Carnelutti, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Cuatro volúmenes. Buenos Aires: UTEHA, 1944.

Carnelutti, Francesco. *Derecho y proceso.* Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1971.

Castillo Freyre, Mario. *Orígenes del arbitraje*. Arequipa: Centro de Investigación Jurídica Iuris Veritatis, 2009.

Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. "El dominio contractual en el arbitraje". *Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, año 16, número 32, 2006, pp. 95-102.

Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. "Arbitraje: naturaleza y definición". *Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, número 59, 2006, pp. 273-284.

Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Palestra, 2007.

Castillo Freyre, Mario, Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya. «La otra justicia: fundamentos, desarrollo y avances legislativos del arbitraje en el Perú». *Derecho PUC.* Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009, n.° 62, pp. 87-99.

Chamorro, Francisco. *La tutela judicial efectiva.* Barcelona: Bosch, 1994.

Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción de Emilio Gómez Orbaneja. Tres volúmenes. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. 1958. Consulta: 27 de febrero de 2011. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/1958_NYC_CTC-s.pdf.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral*. Nueva York, 2006. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-s.pdf.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006.* Nueva York, 2008. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi (Revisado en 2010)*. Nueva York, 2010. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Situación actual de la Ley Modelo Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

Conejero Roos, Cristian y otros (coords.). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial.* Santa Fe de Bogotá: Legis, 2009.

Congreso Constituyente Democrático del Perú. *Constitución Política del Perú*, 29 de diciembre de 1993.

Congreso de la República de Guatemala. *Decreto n.° 67-95. Ley de Arbitraje,* 17 de noviembre de 1995.

Congreso de la República del Perú. *Ley n.° 26572. Ley General de Arbitraje*, 5 de enero de 1996.

Congreso Nacional de Bolivia. *Ley n.° 1770 de 10 de marzo de 1997. Ley de Arbitraje y Conciliación*, 10 de marzo de 1997.

Congreso Nacional de Brasil. *Ley n.° 9.307/1996 de 23 de septiembre de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem*, 24 de septiembre de 1996.

Congreso Nacional de Chile. *Ley n.° 19.971. Sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 29 de septiembre de 2004.

Congreso Nacional de la República Dominicana. *Ley n.° 489-08. Sobre Arbitraje Comercial*, 30 de diciembre de 2008.

Convención Nacional Constituyente de Paraguay. *Constitución de la República de Paraguay (1992)*, 20 de junio de 1992.

Cordón Moreno, Faustino. *El arbitraje de derecho privado. Estudio breve de la Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Navarra: Aranzadi, 2005.

Cortes Generales de España. *Constitución Española*, 27 de diciembre de 1978.

Cortes Generales de España. *Ley n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*, 26 de diciembre de 2003.

Couture, Fernando. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1985, 3.ª edición.

Cremades, Bernardo M. e Ignacio Magdalena. «Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.° 6, pp. 3-87.

Cremades, Bernardo M. *Estudios sobre arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 1977.

Cremades, Bernardo M. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, 2007, n.° 6, pp. 12-59.

Dabadie, María Rosa y Amado J.J. Giganti. «La celeridad arbitral ante el ritualismo judicial». *Revista Jurídica La Ley.* Suplemento de Resolución de Conflictos (R.C.). Buenos Aires, tomo 2000-B, n.° 88. pp. 12-17.

Derains, Yves. «La estandarización del procedimiento arbitral: ¿es ineluctable?, ¿es positiva?». En Mantilla Serrano, Fernando (coord.). *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*. Bogotá: Legis, 2007, pp. 157-170.

De Azurza, Pedro. «Dación de forma y preconstitución de prueba». Revista *La Notaría.* Barcelona, 1946-3, año 81, n.° 1946, pp. 209-228.

De la Rúa, Fernando. «Sobre la jurisdicción, la acción y el proceso común: garantías constitucionales». En Gimeno Sendra, Vicente y otros (coords.). *Estudios de derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, pp. 157-168.

De Trazegnies, Fernando. «La publicidad en el arbitraje». *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007, año 17, n.° 35, pp. 62-69.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Dos volúmenes. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

Dinamarco, Cândido Rangel. *La instrumentalidad del proceso.* Traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas, 2009.

Dos Santos, José Roberto. *Efectividad del proceso y técnica procesal.* Traducción de Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez. Lima: Communitas, 2010.

Du Pasquier, Claude. *Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica.* Traducción de Juan Bautista de Lavalle y Julio Ayasta Gonzáles. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1944.

Fenech, Miguel y Jorge Carreras. *Estudios de derecho procesal.* Barcelona: Bosch, 1962.

Fernández Rozas, José Carlos. «Elementos configuradores de la justicia arbitral». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, 2009, n.° 11, pp. 151-185.

Figueruelo, Ángela. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990.

Gimeno Sendra, Vicente. *Introducción al derecho procesal.* Madrid: Colex, 2003.

Gómez Colomer, Juan-Luis. «Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del Derecho Jurisdiccional». En Gimeno Sendra, Vicente y otros (coords.). *Estudios de derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, pp. 251-273.

Gómez Colomer, Juan-Luis. «El arbitraje». En Montero, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1995, vol. 2, pp. 843-865.

González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 2001, 3.ª edición.

Gonzáles Soria, Julio. *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral*. Madrid: Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1988.

Gozaíni, Osvaldo. *Notas y estudios sobre el proceso civil.* México D.F: Universidad Autónoma de México, 1994.

Grigera Naón, Horacio. *Choice-of-law. Problems in International Commercial Arbitration*. Tubinga: J.C.B. Mohr, 1992.

Guasp, Jaime. *El arbitraje en el derecho español: su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona: Bosch, 1956.

Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil*. Dos volúmenes. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, 3.ª edición.

Gutiérrez, Walter (dir.). *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo.* Dos volúmenes. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

Guzmán, Vicente. «Comentario al artículo 25. Determinación del procedimiento». En Barona, Silvia (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.° 60/2003, de 23 de diciembre de 2003)*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 917-936.

Hundskopf, Oswaldo. «Reglas sobre notificaciones y plazos en el proceso arbitral». *Ius et Praxis.* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2009, n.° 40, pp. 207-218.

Japaridze, Nana. «Fair enough? Reconciling the pursuit of fairness and justice with preserving the nature of International Commercial Arbitration». *Hofstra Law Review.* Nueva York, 2007-2008, n.° 36, pp. 1415-1446.

Jiang-Schuerger, Di. «Perfect Arbitration = Arbitration + Litigation?». *Harvard Negotiation Law Review.* Cambridge, 1999, vol. 4, pp. 231-252.

Kundmüller, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». *Ius et Praxis.* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2003, n.° 34, pp. 67-79.

Kundmüller, Franz. «Apuntes sobre arbitraje». *Advocatus.* Lima, 2005, n.° 11, pp. 361-372.

Kundmüller, Franz. «Arbitraje y jurisdicción (judicial) estatal: ¿es lo mismo con guitarra que con cajón?». *Jus. Doctrina & Práctica*. Lima, mayo 2007, pp. 21-29.

Kurkela, Matti. «*Due Process in Arbitration: A Finnish perspective*». *Journal of International Arbitration*. La Haya, 2004, vol. 21, n.° 2, pp. 221-225.

Landa, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, pp. 13-48.

Ledesma, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

Levine, Judith. «*Current trends in international arbitral practice as reflected in the revision of the Uncitral Arbitration Rules*». *U.N.S.W. Law Journal*. Sydney, 2008, n.° 1, vol. 31, pp. 266-281.

Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröl. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003.

Livingstone, Mia Louise. «Party autonomy in International Commercial Arbitration: Popular fallacy or proven fact?». *Journal of International Arbitration.* La Haya, 2008, vol. 25, n.° 2, pp. 529-535.

Lohmann L. de. T., Guillermo. «El arbitraje en el Perú». *Jus. Doctrina & Práctica*. Lima, mayo 2007, pp. 9-19.

Lois Estévez, José. *Proceso y forma. (Ensayo de una teoría general del proceso).* Santiago de Compostela: Porto S.L., 1947.

Lorca Navarrete, Antonio María. «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje». Diario *La Ley* n.° 5656. Sección Doctrina. Madrid, 15 de noviembre de 2002, año xxiii, tomo 6, ref. D-240, pp. 1765-1771.

Lorca, Antonio María. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004.

Lorca, Antonio María. «Algunas aportaciones sobre una nueva concepción de la naturaleza jurídica del arbitraje: su ámbito negocial-procesal». *Athina.* Revista de derecho de los alumnos de la Universidad de Lima. Lima, 2008, año 3, n.° 5, pp. 17-38.

Lorca, Antonio María. «La garantía del debido proceso en el arbitraje. El modelo español». *Ius et Praxis.* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2010, n.° 41, pp. 255-275.

Luiso, Francesco. «Arbitraje y Constitución en el ordenamiento italiano». En *Constitución y proceso*. *Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal "Constitución y proceso"*, llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y 25 de setiembre de 2009. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 185-197.

Lynch, Katherine. *The forces of economic globalization: challenges to the regime of International Commercial Arbitration.* La Haya: Kluwer Law International, 2003.

Madrid Horna, Víctor. «Notas polémicas sobre el arbitraje de conciencia en el Perú». *Ius et Veritas.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2005, año 15, n.° 30, pp. 476-484.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.* Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra, 2007.

Martínez-Frafa, Pedro. «Análisis de la institución del arbitraje y del arbitraje institucional en Estados Unidos. (De la visión kelseniana al desarrollo de facto de un sistema de adjudicación sin soberano)». *Athina.*

Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima. Lima, 2009, año 3, n.° 6, pp. 97-122.

Matheus, Carlos. «El convenio arbitral». *Revista Peruana de Derecho Procesal.* Lima, 2005, vol. 8, pp. 213-236.

Matheus, Carlos. *Introducción al derecho de arbitraje*. Lima: Semper Veritas, 2006.

Matheus, Carlos. «Influencias legislativas y reglamentarias del nuevo decreto legislativo que norma el arbitraje». *Revista Jurídica del Perú. Derecho privado y público.* Lima, 2008, n.° 94, pp. 458-462.

Mcdonald, Neil. «*More harm than good? Human Rights considerations in International Commercial Arbitration*». *Journal of International Arbitration.* La Haya, 2003, n.° 6, vol. 20, pp. 523-538.

Ministerio de Justicia de la República del Perú. *Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil*, 8 de enero de 1993.

Molina Caballero, Maria Jesús. *La congruencia en los laudos arbitrales.* Málaga: Universidad de Málaga, 2002.

Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994, 9.ª edición.

Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, tomo 1.

Monroy Palacios, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». *Actualidad Jurídica*. Lima, julio del 2005, tomo 140. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.estudiomonroy.com/articulos/arb_arbitraje_jjmp_word.htm.

Montero, Juan. *Trabajos de derecho procesal.* Barcelona: Bosch, 1988.

Montero, Juan. *Ensayos de derecho procesal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1996.

Montero, Juan. *Introducción al derecho jurisdiccional peruano.* Lima: Enmarce, 1999.

Montero, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional*. Tres volúmenes. Barcelona: Bosch, 1991, 2.ª edición.

Montero, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional*. Tres volúmenes. Barcelona: Bosch, 1995.

Müller, Eva. «*Fast-Track Arbitration. Meeting the demands of the next millennium*». *Journal of International Arbitration*. 1998, vol. 15, n.° 3, pp. 5-17.

Munné Catarina, Frederic. *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*. Navarra: Aranzadi, 2002.

Munné Catarina, Frederic. *El arbitraje en la Ley n.° 60/2003. Una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.

Muñoz Sabaté, Luís. *Jurisprudencia arbitral comentada (sentencias del tribunal supremo, 1891-1991). Arbitraje. Naturaleza jurídica*. Comentario a la Sentencia TS. 19 febrero 1944. Aranz. 296. Barcelona: Bosch, 2005. Consulta: 21 de julio de 2010. http://vlex.com/vid/arbitraje-naturaleza-juridica-279198.

Okekeifere, Andrew. «*Commercial Arbitration as the most effective dispute resolution method. Still a fact or now a myth*?». *Journal of International Arbitration*. 1998, vol. 15, n.° 4, pp. 81-105.

Omeba (editor). *Enciclopedia jurídica Omeba*. Veintiséis volúmenes y seis apéndices. Buenos Aires: Driskill, 1990.

Oppetit, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Traducción de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis y Presses Universitaries de France, 2006.

Organización de las Naciones Unidas. *Situación actual de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958*. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en.

Organización de los Estados Americanos. *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*. 30 de enero de 1975. Consulta: 25 de febrero de 2011. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-35.html.

Órgano Ejecutivo de la República de Panamá. *Decreto Ley n.° 5 de 8 de julio de 1999. Por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación,* 10 de julio de 1999.

Ortego Gil, Pedro. *Las formas históricas de protección de los derechos y la evolución del Derecho Procesal.* Iustel Portal Derecho, 2001-2009. Consulta: 12 de julio de 2009. http://www.iustel.com.

Ovalle, José. *Teoría general del proceso.* México D.F.: Oxford University Press, 1996, 3.ª edición.

Palacios Pareja, Enrique. «Reflexiones sobre arbitraje y constitución». En *Constitución y proceso*. *Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal "Constitución y Proceso" llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y 25 de setiembre de 2009*. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 247-256.

Pallarés, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1966, 5.ª edición.

Park, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, 2005, n.° 2, pp. 11-54.

Park, William. *Arbitration of International Business Disputes. Studies in law and practice*. Nueva York: Oxford University Press, 2006.

Petrochilos, Giorgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press. 2004.

Petsche, Markus. *The growing autonomy of International Commercial Arbitration.* Munich: Quadis y Sellier, 2005.

Poder Ejecutivo de la República del Perú. *Decreto Legislativo n.° 1071. Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje*, 28 de junio de 2008.

Poder Ejecutivo de la República del Perú. *Decreto Legislativo n.° 635. Código Penal*, 3 de abril de 1991.

Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos. *Código de Comercio*, 7 de octubre de 1889.

Podetti, José Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil.* Buenos Aires: Ediar, 1963.

Prieto-Castro, Leonardo. «Una nueva regulación del arbitraje». En *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, pp. 448-451.

Prieto-Castro, Leonardo. *Derecho procesal civil*. Madrid: Tecnos, 1989, 5.ª edición.

Priori, Giovanni. «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso». *Ius et Veritas.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, año 13, n.° 26, pp. 273-292.

Priori, Giovanni. «El proceso en el Estado constitucional». En *Constitución y proceso*. *Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal "Constitución y Proceso" llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y 25 de setiembre de 2009*. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 341-361.

Pryles, Michael. «*Limits to party autonomy in arbitral procedure*». *Journal of International Arbitration.* La Haya, 2007, vol. 24, n.° 3, pp. 327-339.

Ramos, Francisco. *Derecho y proceso.* Barcelona: Bosch, 1978.

Real Academia Española (RAE). *Diccionario de la lengua española.* Vigésima segunda edición. http://www.rae.es/rae.html.

Reale, Miguel. *Introducción al derecho.* Madrid: Ediciones Pirámide, 1993, 10.ª edición.

Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho.* México, D.F.: Porrúa, 1977, 4.ª edición.

Redfern, Alan y otros. *Teoría y práctica del arbitraje comercial international.* Navarra: Aranzadi, 2006, 1.ª edición.

Reglero, Fernando. *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988).* Madrid: Montecorvo, 1991.

Requejo, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Ricci, Edoardo. «Notas sobre el arbitraje "administrado" en Italia». *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, 2003, n.° 6, pp. 425-442.

Roca Martínez, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992.

Rubino-Sammartano, Mauro. *International Arbitration. Law and Practice*. La Haya: Kluwer Law International, 2001, 2.ª edición.

Rubio, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Seis volúmenes. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Rubio, Roger. «Ruido en la calle principal. Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». *Thémis.* Lima, 2007, n.° 53, pp. 7-28.

Santistevan de Noriega, Jorge. «Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2006, n.° 2, pp. 15-66.

Santistevan de Noriega, Jorge. «Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral». *Ius et Veritas.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2008, n.° 37, pp. 38-58.

Santistevan de Noriega, Jorge. «La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú». En *Constitución y proceso*. *Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal* «*Constitución y proceso*» *llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y 25 de setiembre de 2009*. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 201-243.

Schultz, Thomas. «*Human Rights: A speed bump for arbitral procedures? An exploration of safeguards in the acceleration of justice*». *International Arbitration Law Review.* Londres, 2006, vol. 9, n.° 1, pp. 8-23.

Schwab, Kart. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968.

Serra Domínguez, Manuel. *Estudios de derecho procesal.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1969.

Silva Romero, Eduardo. «Los efectos del contrato de arbitraje. Introducción». En Silva Romero, Eduardo (dir.). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Rosario, 2005, pp. 523-524.

Suárez Anzorena, Ignacio y Alejandro Garro. «Acerca de "arbitrofobias" y "arbitralitis"». Entrevista realizada por Óscar Súmar y Milagros de Pomar. *Thémis.* Lima, 2005, n.° 51, pp. 239-247.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia emitida en el expediente 6167-2005-PHC/TC el 28 de febrero de 2006.

Vidal Ramírez, Fernando. «Jurisdiccionalidad del arbitraje». *Revista Peruana de Arbitraje.* Lima, 2006, n.° 3, pp. 53-62.

Vidal Ramírez, Fernando. «El convenio arbitral y las normas de procedimiento». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, 2008, segunda parte, pp. 153-165.

Vidal Ramírez, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, 2.ª edición.

Wang, Margaret. «*Are Alternative Dispute Resolution methods superior to litigation in resolving disputes in International Commerce?*». *Arbitration International*. Londres, 2000, vol. 16, n.° 2, pp. 189-211.

Zolezzi, Lorenzo. «El arbitraje y su aparente colisión con algunos principios y derechos de la función jurisdiccional». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, 2008, 2.ª parte, pp. 93-114.

Aplicabilidad de las instituciones
procesales en el arbitraje
se terminó de imprimir en el mes de
abril del 2019, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Miguel Aljovín 414, Urb. Santa Rita,
Miraflores, teléfono: 620-5795
Lima 18, Perú