

ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN

Volumen 21 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Arbitraje y Constitución

Comité Editor

Domingo García Belaunde
Ernesto Álvarez Miranda
Mario Castillo Freyre
Pedro Grández Castro



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN

Primera edición, diciembre 2012

Tiraje: 1,000 ejemplares

© MARIO CASTILLO FREYRE, editor, 2012

Av. Arequipa 2327, Lince

Telfs. (511) 200-9090 / 422-6152 / 441-4166

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© PALESTRA EDITORES S.A.C., 2012

Jr. Ica 435 Of. 201 - Lima 1 - Perú

Telefax: (511) 7197-628 / 7197-629

palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco

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

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

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

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 2012-15992

ISBN: 978-612-4047-87-9

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO	9
LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN EL PERÚ: EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA SALVAGUARDA DE UN FUERO ARBITRAL AJENO A INTROMISIONES JUDICIALES	17
<i>Ernesto Álvarez Miranda</i> <i>Gonzalo Muñoz Hernández</i>	
EL NUEVO PROCESO DE AMPARO ARBITRAL: SOBRE SU APLICACIÓN TEMPORAL	45
<i>Ricardo Beaumont Callirgos</i>	
ARBITRAJE Y AMPARO	61
<i>Mario Castillo Freyre</i> <i>Rita Sabroso Minaya</i>	
EL PROCESO DE ARBITRAJE EN EL PERÚ	89
<i>Raúl Chanamé Orbe</i> <i>Simón Alejandro Verástegui Gastelú</i>	
NOTAS SOBRE LA ACTIVIDAD ARBITRAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	129
<i>Eloy Espinosa-Saldaña Barrera</i>	

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL <i>Carlos Hakansson Nieto</i>	153
VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL ARBI- TRAJE <i>Oswaldo Hundskopf Exebio</i>	175
EJECUCIÓN DE LAUDOS: ENTRE LA LEY ESPECIAL Y LA ORDINARIA <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	195
EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL <i>José F. Palomino Manchego</i> <i>Mario Chávez Rabanal</i>	221
EL PROCESO DE AMPARO Y EL ARBITRAJE <i>Evelyn Piqué Buitrón</i>	245
¿UN GRAN PASO HACIA LA AUTONOMÍA DEL ARBITRA- JE? EL NUEVO PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTI- TUCIONAL <i>Rita Sabroso Minaya</i>	273
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ Y EL CONTROL DIFUSO POR PARTE DE LOS ÁRBITROS <i>Omar Sar Suárez</i>	287
¿PUEDEN LOS CONTRIBUYENTES DEL PERÚ ACCEDER A LA JUSTICIA ARBITRAL EN MATERIA TRIBUTARIA? DESA- FÍOS, REALIDADES Y PROPUESTAS <i>Abdías Sotomayor Vértiz</i>	335
EL CONTROL DIFUSO EN EL ARBITRAJE <i>Óscar Urviola Hani</i>	371

PRÓLOGO

El Estudio Mario Castillo Freyre inició en el año 2006 la publicación de su «Biblioteca de Arbitraje» con la presentación del libro «Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia», escrito por los doctores Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze.

Han pasado tan sólo seis años de aquel hecho y esta colección ya ha ofrecido al medio jurídico veintiún volúmenes.

A través de libros que, por ejemplo, abordan un tema en particular (como aquél que escribiera Mario Castillo Freyre junto a Rita Sabroso Minaya, y que llevara por título «Arbitraje en la contratación pública»), u obras en donde se analizan diversos temas de naturaleza arbitral a la luz de diversos campos del Derecho (como los volúmenes 3 y 4, que se titularon «El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho»), e, incluso, textos que compilan valiosa jurisprudencia (como el estudio denominado «Arbitraje. La anulación del laudo», a cargo de Esteban Alva Navarro), la «Biblioteca de Arbitraje» ha abarcado diversas materias que desarrollan sustancialmente muchísimas aristas de la institución arbitral.

Ha sido una larga, difícil, pero muy fructífera labor la que ha venido realizando el Estudio Mario Castillo Freyre. De ello puedo dar fe. Así, y fiel al compromiso asumido por esa institución, se ha logrado que esta Biblioteca siga viendo la luz a través de nuevas entregas.

Hoy, gracias a la generosa invitación de mi amigo, colega y director de esta publicación, el doctor Mario Castillo Freyre, tengo el agrado de

prologar, nada más ni nada menos, que el volumen 21 de la «Biblioteca de Arbitraje», el mismo que lleva por título «Constitución y Arbitraje».

En el Perú —hasta donde tengo conocimiento— no existe publicación alguna que, sin ser una revista o un texto de distribución periódica, haya realizado veintiún entregas en tan sólo seis años. De hecho, no existe una publicación especializada en Arbitraje que haya analizado con tanta seriedad y calidad tantos temas y que, al mismo tiempo, haya reunido numerosos profesores nacionales y extranjeras para tal fin (tén-gase en cuenta, por citar un ejemplo, la participación de más de noventa juristas en el volumen 18 de la Biblioteca de Arbitraje que bajo la dirección del profesor Jorge Luis Collantes González se denominó «Diccionario Terminológico de Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)»).

Es necesario recordar que este esfuerzo académico se vincula directamente con una realidad: la creciente demanda que en nuestro medio ha venido recibiendo durante las últimas décadas este mecanismo de solución de conflictos.

El arbitraje, con el paso de los años, ha ido ganando terreno y su uso se ha hecho más frecuente, hasta el punto de que hoy en día ya no sólo se señala que éste constituye un medio «alternativo», sino más bien que es «el» medio idóneo para resolver un conflicto de intereses.

En este escenario, el ámbito constitucional no puede ser ajeno a esa realidad. Tiene, por el contrario, la obligación de ir de la mano con ella, ofreciendo pronunciamientos y sentencias que sean cada vez más precisas y que reflejen la necesidad de otorgar mayor autonomía, tanto teórica como práctica, a la importante disciplina del Arbitraje.

Éste ha sido precisamente el objetivo del Comité Editor de esta obra (integrado por los juristas y colegas Ernesto Álvarez Miranda, actual Presidente del Tribunal Constitucional, Domingo García Belaunde,

Mario Castillo Freyre y Pedro Grández Castro), al concebir la idea de convocar para la edición de este volumen a los más destacados especialistas en Derecho Constitucional.

Como veremos a lo largo de esta obra colectiva, importantes juristas se pronuncian sobre diversos temas. Lo valioso de la publicación es que la mayoría de los artículos que contiene adoptan como punto de referencia diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional que se relacionan directamente con el arbitraje.

En ese sentido, y sin el ánimo de ahondar en los temas abordados por cada uno de los autores, a continuación me referiré de manera muy precisa a los ensayos que el lector podrá analizar en este volumen.

En primer lugar, tenemos el artículo titulado: «La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales», el cual ha sido escrito por los doctores Ernesto Álvarez Miranda, Magistrado y Presidente del Tribunal Constitucional, y Gonzalo Muñoz Hernández, asesor jurisdiccional del mismo órgano. En este ensayo los autores realizan un importante aporte, pues inician el estudio de la materia afirmando que existe una necesidad de impartir justicia que debe ser cubierta por el Estado, pero que por diversas deficiencias de la justicia ordinaria, se hace necesario buscar otras alternativas. Así, señalan que el arbitraje es la vía más idónea para lograr tal fin y, recurriendo a interesante casuística ventilada ante el propio Tribunal Constitucional, estudian el escenario en el que el arbitraje se venía desarrollando, teniendo como límite un caso de suma importancia: el precedente vinculante sobre procedencia del amparo en materia arbitral (STC n.º 00142-2011-PA/TC, Caso Minera María Julia). A partir de allí, realizan un pormenorizado análisis de las nuevas reglas sobre procedencia del amparo en materia arbitral.

A continuación, otro Magistrado del Tribunal Constitucional, el doctor Ricardo Beaumont Callirgos, nos ofrece el estudio titulado «El

nuevo proceso de amparo arbitral: sobre su aplicación temporal». A través de este interesante análisis, que toma como referencia la demanda de amparo interpuesta por la ya citada Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia contra un Tribunal Arbitral de Árbitro Único, y en donde se solicitaba que se declare la nulidad del laudo arbitral de derecho por supuestamente haberse vulnerado sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, se abordan temas relativos a las nuevas reglas constitucionales, para decidir si proceden o no los recursos destinados a cuestionar un laudo arbitral. Así, y luego de un profundo análisis sobre estos lineamientos, se pasa a estudiar la forma en que deben aplicarse las normas procesales, basándose para ello en diversos criterios, a saber: la aplicación inmediata de las normas procesales, la aplicación temporal de los precedentes y la aplicación inmediata de los precedentes según el propio Tribunal Constitucional.

Por otro lado, los profesores Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya, en un artículo titulado «Arbitraje y amparo», citando importantes casos, desarrollan diversos temas, tales como el agotamiento de la vía previa al amparo, la valoración y calificación de los hechos y medios probatorios o la negociación previa al arbitraje, entre otros aspectos. Así, analizan cómo se ha complementado el precedente de observancia obligatoria de la sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, a efectos de comprobar si se está avanzando en obtener la autonomía del arbitraje en nuestro país. Esta obra incluye también un trabajo escrito por Rita Sabroso Minaya, titulado «¿Un gran paso hacia la autonomía del arbitraje? El nuevo precedente del Tribunal Constitucional».

Los doctores Raúl Chanamé Orbe (actual Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima) y Simón Alejandro Verástegui Gastelú, a su turno, nos entregan el estudio titulado «El proceso de arbitraje en el Perú». En él se hace un interesante recuento de diversos aspectos que engloba la materia arbitral. Así, se parte de un estudio de los principios y garantías procesales que posee el arbitraje, destacando una serie de aspectos comunes con el proceso judicial común. De otro lado, estu-

dian temas como la materia arbitrable, el convenio arbitral, el régimen impugnatorio en el arbitraje, los árbitros, la ejecución del laudo, su anulación, entre otros.

El profesor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, a su turno, nos ofrece un artículo que lleva por título «Notas sobre la actividad arbitral a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano». En él, el citado autor analiza algunos pronunciamientos claves en la evolución jurisprudencial relativos al ámbito arbitral. Así, cita, por ejemplo, los casos de Pesquera Rodga, Fernando Cantuarias Salaverry, PROIME, el caso CODISA, IVESUR y María Julia.

A continuación, en el trabajo denominado «La constitucionalización de la jurisdicción arbitral», el doctor Carlos Hakansson Nieto (Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura) analiza en detalle el contenido del artículo 139, inciso 1, de la Constitución de 1993. Para ello aborda el marco de la posición constitucional de los jueces y de sus garantías, para luego ocuparse de los principios de unidad y exclusividad de dicha función, concentrándose, especialmente, en la denominada jurisdicción arbitral a la luz de la jurisprudencia constitucional. De esta forma, surge una interesante interrogante, pues si la Constitución de 1993 reconoce a la institución del arbitraje como una jurisdicción independiente de la judicatura, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional, ¿es consecuencia necesaria que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, también pueda ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral? Sin duda, las posturas son diversas, pero resulta importante tener en cuenta esta posibilidad.

Por otro lado, el doctor Oswaldo Hundskopf Exebio (Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima) nos ofrece un ensayo muy ilustrativo, que se titula «Valoración de los medios de prueba en el arbitraje». En él señala, entre otros conceptos, que no cabe duda de que la regulación arbitral, en general, y específicamente aquella referida a las

pruebas y su actuación, reposa en una libertad plena e irrestricta concedida por la propia normatividad jurídica. Por lo tanto, sostiene que se debe reconocer que el arbitraje se ha independizado y distanciado del proceso judicial ordinario. Para llegar a esta conclusión estudia el momento en el que se inicia un arbitraje y, a partir de allí, comenta el nuevo orden de prelación de la normatividad supletoria en materia probatoria que ha instaurado la Ley de Arbitraje peruana.

Luego, la profesora y reconocida magistrada doctora Marianella Ledesma Narváz, en su artículo titulado «Ejecución de laudos: entre la ley especial y la ordinaria», señala, entre otras ideas, que para la ejecución del laudo arbitral en el escenario judicial concurren dos referentes legales: la ley especial (que es la Ley de Arbitraje) y las normas ordinarias contenidas en el Código Procesal Civil. Así, afirma que si bien ambas se orientan a regular la ejecución de los laudos en el escenario judicial, tienen un origen y un procedimiento diferente. Para ello aborda temas relativos a los posibles escenarios para la ejecución del laudo arbitral, dividiendo su estudio en el propio procedimiento arbitral y en el procedimiento judicial, poniendo énfasis en el tratamiento de la ejecución en la jurisdicción ordinaria.

En el artículo titulado «El control constitucional de la jurisdicción arbitral», los doctores José F. Palomino Manchego y Mario Chávez Rabanal, analizan una serie de temas que se refieren al control constitucional a través del proceso de amparo, el ámbito de aplicación del proceso de amparo, el precedente vinculante, los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente vinculante, el control constitucional mediante el proceso de amparo de las decisiones de la jurisdicción arbitral, entre otros, llegando a diversas e importantes conclusiones, entre las que destacan que el amparo sólo procederá cuando se invoque la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial y cuando el amparo se ha

interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en ese arbitraje, salvo que tal tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.

La doctora Evelyn Piqué Buitrón, asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional, nos entrega un ensayo que lleva por título «El Proceso de Amparo y el Arbitraje». Así, explicando en qué consiste el proceso de amparo, las causales de su improcedencia y la diferencia entre amparo alternativo y amparo residual, estudia el arbitraje, su marco normativo, la impugnación de laudos arbitrales y la procedencia o no del proceso de amparo contra laudos arbitrales.

A continuación, el profesor Omar Sar Suárez nos brinda un artículo que lleva por título «La jurisdicción constitucional en el Perú y el control difuso por parte de los árbitros». El citado profesor realiza un exhaustivo estudio de temas que abarcan el modelo norteamericano o de control difuso, teniendo en cuenta sus antecedentes en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, el modelo europeo continental, nuestro modelo de jurisdicción constitucional, y el control difuso como facultad de los árbitros, entre otros. Afirma el profesor Sar que toda vez que el órgano de control de la Constitución tiene competencia para revisar la «regularidad» constitucional de las resoluciones del Poder Judicial, podría señalarse que posee —en relación con aquél— una especie de rol prevalente que no suprime ni desnaturaliza su autonomía.

De otra parte, en un ensayo titulado «¿Pueden los contribuyentes del Perú acceder a la justicia arbitral en materia tributaria? Desafíos, realidades y propuestas», el doctor Abdías Sotomayor Vértiz analiza diversos temas, entre los que destacan los argumentos a favor y los argumentos en contra del arbitraje tributario, la evaluación del rol del Tribunal Fiscal y la alternativa de recurrir en su defecto a un arbitraje, la evaluación del rol del Defensor del Contribuyente y Usuario Aduanero,

la evaluación de la protección de los derechos de los contribuyentes y la solución de controversias tributarias, así como la materialización de una propuesta legislativa de arbitraje tributario, entre otros.

Finalmente, el presente volumen de la «Biblioteca de Arbitraje» contiene un artículo titulado «El control difuso en el arbitraje», a través del cual el doctor Óscar Urviola Hani, Magistrado del Tribunal Constitucional, analiza, entre otros importantes temas, la ampliación del control difuso en la Constitución, el control difuso en el arbitraje y las condiciones para el control difuso arbitral. En ese sentido, sostiene que la posición del Tribunal Constitucional sobre el control difuso en sede arbitral es flexible y también coherente, por cuanto si dicha facultad ya había sido reconocida a los tribunales administrativos, con mayor razón debe serlo al arbitraje, en tanto jurisdicción reconocida expresamente por la misma Constitución.

Finalizo felicitando muy cálidamente a los profesores, magistrados y colegas que escriben esta obra colectiva, así como al Estudio Mario Castillo Freyre, por brindar a la comunidad jurídica, durante seis largos años, obras de suma importancia y que tienen la virtud de ofrecernos la más reciente y autorizada doctrina sobre distintos aspectos que se relacionan con el arbitraje.

Lima, noviembre del 2012

FELIPE OSTERLING PARODI*

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

LA JURISDICCION ARBITRAL EN EL PERU:
EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA
SALVAGUARDA DE UN FUERO ARBITRAL
AJENO A INTROMISIONES JUDICIALES

Ernesto Álvarez Miranda
Gonzalo Muñoz Hernández

LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN EL PERÚ:
EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA
SALVAGUARDA DE UN FUERO ARBITRAL
AJENO A INTROMISIONES JUDICIALES

*Ernesto Álvarez Miranda**
*Gonzalo Muñoz Hernández***

La impartición de justicia como una necesidad a ser cubierta por el Estado

El ser humano, por su propia naturaleza, es un ser gregario.

La necesidad lo obliga a serlo, pues, *motu proprio*, a lo mucho podríamos satisfacer nuestras necesidades primarias y, obviamente, no alcanzaríamos los niveles de desarrollo al que hemos llegado, principalmente en la última centuria, lo que demuestra, indubitablemente, que vivir en sociedad trae una serie de ventajas.

Sin embargo, en la medida en que los recursos son escasos y las necesidades prácticamente infinitas, inexorablemente surgirán conflictos entre los particulares y entre éstos y el Estado derivados de la satisfacción de tales necesidades.

Desde una perspectiva económica, y tal como lo podemos constatar, existen algunos bienes cuya utilización y disfrute sólo pueden ser

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor Principal de la Universidad de San Martín de Porres y Doctor en Derecho por dicha casa de estudios.

** Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

consumidos por un particular.¹ Tal situación, inevitablemente ocasionará conflictos al interior de cualquier grupo. La sola coexistencia al interior de determinado grupo genera tensiones.

Por dicha razón, no existe civilización que de algún modo prevea determinadas reglas de conducta indispensables para el mantenimiento del orden establecido, ni regule cómo se canalizarán los diversos conflictos que surgen en el devenir diario, en aras de la paz social.

Lamentablemente, también suele ser frecuente que las partes en disputa no tengan la suficiente voluntad para cooperar en la superación del conflicto, o peor aún, se incumplan dolosamente las reglas de conducta previamente establecidas, en cuyo caso, será necesaria la participación de un tercero que, con la venia del Estado, dirima finalmente la disputa.

De lo contrario, la autotutela o justicia por cuenta propia generaría una situación de completa anarquía y desgobierno que incluso podría poner en peligro la continuidad del Estado.

De ahí que, la impartición de justicia es un servicio público indispensable para la convivencia pacífica en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Y es que, como bien anota Atienza, «en realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos».²

¹ Desde un punto de vista económico cuando un bien es excluyente y rival en su consumo, se le denomina bien privado.

² ATIENZA, Manuel. «Argumentación y Constitución», p. 14. En http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf. Visitado el 12 de noviembre de 2012.

Si bien, en principio, es el propio Estado el que debería solucionar este tipo de impasses, la impartición estatal de la justicia, como muchos de los servicios públicos que brinda, adolece de una serie de deficiencias, que la impartición de justicia privada (arbitraje) no tiene.

Usualmente, la privatización de algunos de los servicios que provee el Estado genera una mejora sustancial en la calidad y expansión del mismo, por cuanto el sector público carece de los incentivos para ser eficientes que existen en el sector privado.

Las deficiencias de la justicia ordinaria

Dada su calidad de servicio público, el Poder Judicial debería brindar un servicio de calidad. Al menos, eso es lo que se desprende de nuestra Carta Magna. Sólo en tal contexto, el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva podría estar dotado de, valga la redundancia, de verdadera efectividad.

En un escenario ideal, los litigios deberían ser resueltos mediante pronunciamientos debidamente motivados, pero sobre todo, eficaces. Lo que presupone, claro está, que dicho poder estatal cuente profesionales solventes (no sólo jueces) tanto en lo académico como en lo moral, que perciban remuneraciones a la altura del gran encargo que les ha sido encomendado, pues, impartir justicia, no es una labor sencilla.

Los plazos, obviamente, deberían cumplirse escrupulosamente.

No debería existir el más mínimo espacio para la arbitrariedad, que como sabemos se encuentra proscrita. Cualquier litigante debería saber, de antemano, qué suerte correrá su caso. Para tal efecto, las líneas jurisprudenciales deberían ser claras, pero sobre todo predecibles.

De ahí que, en tal hipotético escenario, la corrupción es algo inexistente. Es más, nadie se atrevería a ofender la majestad del Poder Judicial cuya legitimidad ha sido forjada en años de trabajo constante en la consecución de una justicia material a quien la razón le asiste, se refleja en la aprobación ciudadana.

Empero, la realidad es diametralmente opuesta. Actualmente, las distintas instancias judiciales se encuentran atiborradas de expedientes. La carga procesal que tienen asignados los distintos juzgados es inmanejable, por lo que, materialmente, resulta imposible cumplir con los plazos legalmente establecidos.

Si ya es una verdadera odisea obtener un pronunciamiento final en un litigio después de batallar por mucho tiempo en un ambiente infestado de desidia por parte de los operadores judiciales, ejecutar lo resuelto es un problema aún mayor.

Peor aún, no existen los desincentivos necesarios para contrarrestar conductas dilatorias de quienes con mala fe, persiguen bajo cualquier medio, tornar inejecutables las resoluciones que les son adversas.

Los trámites son sumamente engorrosos, muchas veces absolutamente inconducentes. So pretexto de salvaguardar el debido proceso, muchas veces se termina entorpeciendo injustificadamente la solución del caso. La burocracia hace que todo se ralentice.

Sin embargo, el problema no radica sólo en el operador judicial, muchas veces las propias normas son las que restan agilidad al proceso o incluso tornan inejecutable lo decidido (*Cfr.* STC n.º 04720-2011-PA/TC).

Tampoco puede soslayarse que en algunas ocasiones los litigantes se encuentran con Magistrados que no están a la altura del trascendente papel que ocupan, y ni qué decir del personal subalterno cuyos haberes son aún más bajos. Si bien el Tribunal Constitucional ya se

pronunció sobre la remuneración de los Magistrados del Poder Judicial que deberían percibir (*Cfr.* n.º 03919-2010-PC/TC), la ejecución de dicha sentencia es un asunto que todavía se encuentra pendiente de resolver.

Asimismo, todavía se parte de la ilusa premisa de que los jueces pueden ser «*todistas*», y que se pueden desenvolver con normalidad y total solvencia en cualquier rama del Derecho (por más especializada que sea), sin tomar en cuenta que éste ha evolucionado tanto que ello, prácticamente, es una quimera.

Difícilmente, un litigio relacionado a un reparo tributario efectuado por la Administración Tributaria sobre *precios de transferencia*,³ por citar un ejemplo extremo, podría ser comprendido a cabalidad por parte de un juez contencioso-administrativo.

Si al interior de la propia SUNAT la fiscalización de tales operaciones corresponde a un área especializada (no cualquier auditor supervisa el correcto cumplimiento de tales obligaciones tributarias), consideramos que un juez que ni siquiera es especialista en Derecho Tributario, estaría en condiciones de entrar a dilucidar, de manera solvente, el fondo del asunto litigioso.

Esta afirmación, bajo ningún punto de vista, pretende denostar la calidad de tales magistrados, simple y llanamente persigue poner sobre el tapete algo que es consecuencia natural del desarrollo que el Derecho ha tenido, especialmente, en los últimos 50 años.

³ A través de los precios de transferencia, se persigue que, para efectos tributarios, los contribuyentes efectúen transacciones con las empresas con las que tengan vinculación económica o con las que estén ubicadas en territorios de baja o nula imposición, en condiciones similares a las que transa con quienes no tiene ninguna vinculación, a fin de evitar que artificialmente reduzcan sus ganancias gravadas con el impuesto a la renta.

Finalmente, no podemos soslayar que, lamentablemente, la percepción ciudadana (lo que no implica necesariamente que ello sea cierto) estima que el Poder Judicial es la institución más corrupta del Estado.⁴

Tales características de nuestro Poder Judicial, incentivan a los particulares a recurrir a alternativas más confiables como el arbitraje. El descrédito de la justicia ordinaria ha repercutido en el avance del arbitraje en el Perú.

El arbitraje como alternativa a la justicia ordinaria

Para nosotros, el arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en el que, a través de un laudo —que reviste todas las características intrínsecas y extrínsecas de una sentencia judicial por habilitación expresa del ordenamiento jurídico—, «*jueces particulares*»⁵ denominados árbitros, resuelven controversias surgidas entre dos partes, dado su carácter disponible.

Obviamente, tales litigios no deben versar sobre asuntos que sean de exclusiva competencia de la jurisdicción ordinaria, pues, independientemente de lo que los particulares decidan en virtud de la libre autonomía de su voluntad, el ordenamiento jurídico no permite que tales cuestiones se discutan al margen del Poder Judicial.

Como bien lo subrayan Castillo Freyre y Vásquez Kunze, «ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa».⁶ En buena cuenta, y tal como se puede inferir de lo expues-

⁴ Fuente: http://can.pcm.gob.pe/files/35_%20Proetica_VII_Encuesta_Nacional_sobre_percepciones_de_la_corrupcion_en_el_Peru_2012.pdf. Visitado el 12 de noviembre de 2012.

⁵ STC n.º 06167-2005-PHC/TC. Fundamento n.º 3.

⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «Arbitraje: Naturaleza y Definición», p. 3. En http://www.castillofreyre.com/articulos/arbitraje_naturaleza_y_definicion.pdf. Visitado el 12 de noviembre de 2012.

to, «el arbitraje es una forma oficial —aunque no estatal— de administrar justicia».⁷

De esta manera, se permite que sean las propias partes interesadas en resolver el conflicto quienes designen a los árbitros que resolverán el litigio y fijen las reglas que guiarán su actuación.

En ese orden de ideas, cabe precisar que la razón por la cual lo resuelto por los árbitros reviste tal carácter, radica en que el propio ordenamiento jurídico así lo dispone. Y es que, como resulta previsible, «ninguna sustracción a la jurisdicción estatal tendría efectos prácticos, esto es, el efecto de zanjar jurídicamente una controversia entre dos partes, si esta sustracción no estuviera autorizada por el Estado».⁸

El arbitraje, como resulta obvio, ofrece a los litigantes una vía sumamente expeditiva que deja de lado formalismos estériles a fin de adecuarse a las expectativas y necesidades de quienes recurren a los árbitros. En su esencia, es una institución sumamente pragmática.

Y es que, como bien apunta Bullard González, «el arbitraje como lo conocemos hoy (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los procesalistas, sino de los mercaderes».⁹ Por ello, «hoy en el Perú, es difícil imaginar conflictos

⁷ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «Arbitraje: Naturaleza y Definición», p. 5. En http://www.castillofreyre.com/articulos/arbitraje_naturaleza_y_definicion.pdf. Visitado el 12 de noviembre de 2012.

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «Arbitraje: Naturaleza y Definición», p. 4. En http://www.castillofreyre.com/articulos/arbitraje_naturaleza_y_definicion.pdf. Visitado el 12 de noviembre de 2012.

⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El arbitraje nacional en el proyecto de reforma de la Ley General de Arbitraje», p. 366. En http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA%205-4.pdf. Visitado el 12 de noviembre de 2012.

de contratos comerciales importantes que sean ventilados en el Poder Judicial. Virtualmente todo va a arbitraje».¹⁰

De ahí que, en principio, los elegidos sean profesionales expertos en la materia sometida a discusión de gran prestigio personal y profesional, lo que garantiza un pronunciamiento arreglado a derecho, toda vez que será resuelto por especialistas en la materia que difícilmente se prestarían para contubernios con las partes.

Al respecto, resulta necesario precisar que, a diferencia de los abogados de los litigantes, quienes en todo momento deben velar por los intereses de sus clientes, los árbitros tienen el deber de resolver las causas sometidas a su consideración con arreglo a derecho o equidad, según sea el caso.

No existe, en nuestra opinión, mayor garantía de rectitud en la impartición de justicia que la honorabilidad de quien tiene el encargo de resolver el asunto. El incontrastable hecho de que su vigencia en el mercado dependa del concepto que el propio mercado tenga del árbitro, desincentiva cualquier conducta inapropiada.

Evidentemente, la existencia de dudas acerca del proceder de determinado árbitro ocasionará que el propio mercado lo expectore del mismo. A diferencia del fuero ordinario, en que por el principio del juez natural, por regla general la designación del juez es azarosa y bajo ninguna circunstancia compete a las partes envueltas en el litigio, en el arbitraje la elección del árbitro corresponde a las partes.

Tampoco puede soslayarse que, en el marco de un arbitraje, se respira un ambiente de menor confrontación que el que esperaría a los litigantes de embarcarse en un proceso judicial, lo que resulta sumamente

¹⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El arbitraje nacional en el proyecto de reforma de la Ley General de Arbitraje», p. 367. En http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA%205-4.pdf. Visitado el 12 de noviembre de 2012.

atractivo para quienes, pese a tener diferencias en determinados asuntos sometidos a arbitraje, todavía tienen el interés en seguir manteniendo relaciones contractuales.

En suma, y como bien lo sintetiza Santistevan de Noriega, el arbitraje «ofrece especialidad, neutralidad, flexibilidad, celeridad, confianza, privacidad y simplicidad legislativa para que las partes arriben a soluciones rápidas que, evidentemente, están dispuestas a respetar —por seguras— para continuar en los negocios o asuntos privados».¹¹

De impedirse a los particulares dilucidar sus eventuales controversias mercantiles en fueros distintos al judicial, no cabe duda de que ello influiría negativamente en la inversión privada, principalmente, en las contrataciones y adquisiciones del Estado, pues sólo participarían aquellos inversionistas que tengan menos aversión al riesgo de terminar litigando en el Poder Judicial, lo que indubitablemente terminaría incrementando los precios ofrecidos al Estado. La mayoría de arbitrajes versan sobre disputas de esta naturaleza.

Carácter jurisdiccional del arbitraje

Como suele ocurrir, dada su calidad de supremo intérprete de la Constitución, la posición que tenga el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza jurídica de determinada institución, va a determinar la visión constitucional que se tenga sobre la misma.

Aunque todavía existen algunas respetables posiciones que insisten en negar a la institución arbitral su eminente carácter jurisdiccional,¹²

¹¹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje y Jurisdicción, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2, p. 21.

¹² «El arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción, pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y, además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Si así fuera, se quebraría el principio fundamental de la unidad de

e incluso señalan que «simplemente ‘hiperconstitucionaliza’ en forma absolutamente innecesaria el arbitraje peruano generando así sobrecostos o costos innecesarios para su tramitación, eficacia y eficiencia»;¹³ en nuestra opinión, el fuero arbitral ha sido reconocido por la Constitución como una jurisdicción especial.

Efectivamente, el numeral 1) del artículo 233 de la Constitución de 1979¹⁴ le otorga dicho carácter. Por su parte, nuestra actual Constitución, en el numeral 1) de su artículo 139,¹⁵ también la reconoce expresamente como tal, al estipularse que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral. De modo que, así como se garantiza el acceso a la justicia ordinaria, se permite tanto a los particulares como al propio Estado, recurrir al arbitraje como fórmula alternativa a la jurisdicción ordinaria.

la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo se postula ello» (MONROY PALACIOS, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Arbitraje on line*, año IV, n.º 7. Lima: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2006).

¹³ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «El futuro del arbitraje en el Perú», p. 427. En http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA%205-6.pdf. Visitado el 12 de noviembre de 2012.

¹⁴ Conforme al numeral 1) del artículo 233 de la Constitución Política del Perú de 1979.

Artículo 233.- «Son garantías de la administración de justicia:

1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar.

Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.

[...].».

¹⁵ Conforme al numeral 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993.

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

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

[...].».

Sin embargo, «el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo, para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional».¹⁶

El hecho de que nuestra Carta Magna prevea los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional aludan a un sistema unitario, no importa que ello deba interpretarse literalmente en el sentido de que sólo el Poder Judicial puede ejercer tal encargo.

Al respecto, cabe precisar que «las normas constitucionales no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo—subsunción del hecho— consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional».^{17 18}

¹⁶ STC n.º 06167-2005-PHC/TC. Fundamento n.º 10.

¹⁷ STC n.º 05854-2005-Pa/TC. Fundamento n.º 12.

¹⁸ Siguiendo lo señalado en dicha sentencia, tales principios son:

«[...]»

- a) El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
- b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquéllos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución).

Por consiguiente, tal interpretación, que a la postre incluso desconocería el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del Jurado Nacional de Elecciones y de los fueros militar y arbitral, no resulta constitucionalmente válida. Si bien «la Constitución del Estado está plagada de disposiciones entre las que existe una ‘aparente’ contradicción»¹⁹ esto es fácilmente superable siempre que no se efectúe una lectura aislada de dicha disposición constitucional.

Control constitucional de los laudos arbitrales

Si partimos de la válida premisa de que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico estatal y, como tal, la validez de todos los actos de los poderes públicos y privados depende de su conformidad con ella, como bien lo indica el Tribunal Constitucional, resulta «inherente a la dimensión jurídica de la Constitución la capacidad de exigir, jurisdiccionalmente su cumplimiento».²⁰ Y es que, «una sociedad con una Constitución a la que no se suma el control jurisdiccional

-
- c) El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
 - d) El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.
 - e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

[...].».

¹⁹ STC n.º 05854-2005-PA/TC. Fundamento n.º 15.

²⁰ STC n.º 02730-2006-PA/TC. Fundamento n.º 5.

orientado ad-hoc a asegurar su plena vigencia, en realidad, no tiene Constitución».²¹

Por ende, bajo ningún punto de vista puede admitirse que los involucrados en un proceso arbitral actúen con total prescindencia, tanto de los principios y valores consagrados en la Constitución o menoscabando derechos fundamentales de las partes.

En esa lógica, negar cualquier tipo de control sobre la base de que según el principio de «no interferencia» previsto en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros destinada a abocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes; no es correcto.

Aceptar tal tesis implicaría desconocer la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, pese a que conforme ha sido señalado por el Tribunal Constitucional, «los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico (...) pues ellos forman parte esencial del orden público constitucional».²² Al respecto, y tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, no cabe duda de que tal eficacia horizontal se deriva de los artículos 1 y 38 de la Constitución y «se proyecta *erga omnes* no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino que también alcanza a las relaciones establecidas entre particulares»,²³ puesto que no existe zona exceptuada de ser susceptible de ser sujeta a control constitucional.

No obstante lo expuesto, el control que se efectúe de tales decisiones tampoco puede subrogar la dilucidación del litigio, ni permitir dilatar indebidamente la ejecución de lo finalmente resuelto.

²¹ STC n.º 05854-2005-PA/TC. Fundamento n.º 7.

²² STC n.º 00976-2001-AA/TC. Fundamento n.º 5.

²³ STC n.º 00573-2007-PA/TC. Fundamento n.º 3.

Escenario anterior a la expedición del precedente vinculante sobre procedencia del amparo en materia arbitral (STC n.º 00142-2011-PA/TC, Caso Minera María Julia)

Hasta la expedición del precedente vinculante desarrollado en la STC n.º 00142-2011-PA/TC (Caso Minera María Julia), a través de la cual, se precisó expresamente en qué supuestos procede el amparo contra laudos arbitrales y en cuáles una eventual demanda devendrá inexorablemente en improcedente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia arbitral había recorrido un sendero bastante sinuoso.

Efectivamente, en materia de control de laudos arbitrales, el Tribunal Constitucional no sólo carecía de una línea jurisprudencial uniforme y reiterada, por el contrario, muchas veces había sido incoherente. Lamentablemente, no habían sido infrecuentes las ocasiones en que sin justificar adecuadamente las razones por las cuales los argumentos por los cuales resolvió previamente una controversia similar en determinado sentido, no resultaban aplicables al caso, a pesar de que objetivamente todo haría indicar que ambas deberían correr la misma suerte.

Si bien lo resuelto con anterioridad no tiene por qué ser entendido como un dogma o algo pétreo que termine socavando la independencia del Juez al interpretar las normas jurídicas a las exigencias de la realidad social, que como sabemos es dinámica; en determinados casos es válido descartar una línea interpretativa en detrimento de otra que permita una mejor concreción de los derechos fundamentales.

Tal situación, como era de esperarse, también ocasionó fundadas críticas por parte de la comunidad jurídica, especialmente por parte de los árbitros, quienes, con razón, advertían que tal proceder resultaba arbitrario. Como bien ha sido sostenido por Atienza, «juzgar siempre implica decidir, pero es necesario distinguir entre tomar una decisión y hacerlo en una forma decisionista (arbitraria)».²⁴

²⁴ ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales*, p. 10.

No olvidemos que, como toda autoridad jurisdiccional, el Tribunal Constitucional legitima su poder a través del ejercicio adecuado del mismo.

Primera etapa. Reconocimiento del denominado «amparo arbitral» (1999-2006)

La primera vez que se sometió a discusión es el Caso Pesquera Rodga S.A. (STC n.º 0189-1999-AA/TC), en el cual se interpone demanda de amparo contra los miembros de un Tribunal Arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO PERÚ). En aquella oportunidad se dejó establecido que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes, tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, no existe razón que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando como tarea pendiente precisar, en todo caso, cuáles serían las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita la procedencia del amparo.

Aunque los criterios por entonces establecidos respondían directamente al estado de la jurisprudencia del momento en materia de control constitucional de las resoluciones judiciales (vulneración de un derecho procesal con rango constitucional —debido proceso o tutela judicial efectiva—, o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales), se aceptó la posibilidad de habilitar el denominado *amparo arbitral*. Por consiguiente, en dicho modelo, tratándose de una demanda promovida contra una resolución emanada de un procedimiento arbitral «regular» o, lo que es lo mismo, respetuoso del debido proceso y la tutela judicial efectiva, la misma deberá desestimarse.

Dicho criterio, determinó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y encontró respaldo en la Ley n.º 27053, de fecha 19 de enero de 1999, que modificando el artículo 6, inciso 2), de la entonces vigente *Ley de Hábeas Corpus y Amparo n.º 23506*, que estableció la improcedencia de las acciones de garantía «*contra resolución judicial o arbitral emanadas de procedimiento regular*», lo que *contrario sensu*, significaba que si el procedimiento (sea éste judicial o arbitral) devenía en irregular, quedaba habilitado el control constitucional.

Segunda etapa. Primera Autolimitación del control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral (2006-2008)

Se encuentra determinada por el Caso Cantuarias Salaverry (STC n.º 06167-2005-PHC/TC), en el cual el Pleno del Tribunal se decantó a favor del control constitucional de las decisiones arbitrales, pero atendiendo los siguientes criterios:

- La jurisdicción arbitral, si bien dotada de garantías de autonomía de su desenvolvimiento, se encuentra vinculada al respeto de los derechos fundamentales, en particular (aunque no exclusivamente), a aquéllos que informan el debido proceso.
- Puede cuestionarse las decisiones de la jurisdicción arbitral, tanto judicialmente como acudiendo a los procesos constitucionalmente. El control judicial debe ser ejercido *ex post*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo, previstos en la Ley General de Arbitraje. El control constitucional se sujeta a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, precisándose que si lo que se cuestiona es un laudo que verse sobre materias o derechos de carácter disponible, deben agotarse previamente los recursos que franquea la Ley General de Arbitraje.
- El control constitucional de los laudos arbitrales procede no solamente si se vulneran los derechos constitucionales, sino tam-

bién cuando se advierte incumplimiento a la doctrina jurisprudencial vinculante o a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo establecido en los artículo VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Posteriormente, en el Caso Corporación Meier (STC n.º 04972-2006-PA/TC), el Tribunal volvería a pronunciarse sobre el tema ampliando algunos conceptos sobre la procedencia del control constitucional de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral, cuando:

- El laudo arbitral vulnera o amenaza la tutela procesal efectiva (dimensiones formal y material);
- La jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsivamente; y,
- A pesar de hacerse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre la que ha de decidirse, tienen carácter indisponible o no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna.

Por último, cabe referir el Caso PROIME (STC n.º 04195-2006-PA/TC), que determina cinco reglas en materia de control sobre la jurisdicción arbitral:

- El amparo no procederá respecto de actuaciones previas a la expedición del laudo, por lo que en tales supuestos habrá que esperar la culminación del proceso arbitral.
- Deberá agotarse la vía previa tras haber culminado el proceso arbitral, siempre y cuando sean pertinentes los recursos de apelación o anulación.

- El amparo no procede siempre y cuando se cuestionen las interpretaciones que el Tribunal Arbitral realice en torno a la ley, a menos que con tales interpretaciones se desprenda una vulneración manifiesta a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.
- La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son exclusiva competencia de la jurisdicción arbitral, a menos que se advierta una manifiesta arbitrariedad en dicho proceder.
- Las vulneraciones a los derechos que se alegan producidos deberán acreditarse de manera objetiva y específica, debiéndose precisar en qué ha consistido la denunciada irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.

Del análisis efectuado en torno a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desprende que el tratamiento del control constitucional respecto de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral ha ido evolucionando en el transcurso del tiempo, siendo afianzado con distinta intensidad. En todo caso, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional.

En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución, que es un derecho cuyo contenido esencial no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta sobre todo órgano público o privado que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales.

Tercera etapa. Crisis de identificación de la naturaleza del proceso arbitral.
La etapa confrontacional (2008-2011)

Resulta posible identificar cómo sentencias dilemáticas representativas de este período, en primer lugar el Caso CODISA (STC n.º 5311-2007-PA/TC), en el cual se interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú contra —CEARCO—, solicitando se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho expedido.

Al respecto, a nuestro entender la materia litigiosa resultaba ser improcedente en la vía del amparo, en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Con relación al cuestionamiento de un laudo arbitral, el Tribunal Constitucional había establecido en el Caso PROIME referido, una serie de restricciones procesales a efectos de no convertir el proceso de amparo en una instancia de simple apelación del laudo arbitral. Así, cuando la demandante cuestionaba la aplicación indebida de un decreto ley derogado y que las pruebas aportadas no han sido meritadas en el procedimiento arbitral, en ambos supuestos, estaba cuestionando competencias exclusivas de los árbitros, y que, por tanto, no podían ser materia de revisión mediante el proceso de amparo.

Respecto a la alegación de que no se habría observado los requisitos procedimentales previos al arbitraje ni se habría saneado válidamente el procedimiento arbitral y que se habría admitido la participación de COFIDE en el proceso como demandante, sin tener legitimidad para obrar activa, se puede concluir que tales hechos no inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de ningún derecho fundamental, por lo cual tampoco, estos supuestos serían revisables a través del proceso de amparo.

Referimos también el Caso Meliá (STC n.º 5923-2009-PA/TC), que estableció una posición especialmente controversial del Colegio. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que la frase «*la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes*» prevista en el inciso 6) del artículo 78 de la Ley n.º 26572, vigente en el momento en que se inició y resolvió el recurso de anulación, debe ser interpretada en el sentido de que el órgano competente para conocer la pretensión demandada en el proceso arbitral, cuyo laudo fue declarado nulo, es el Poder Judicial, a través de la Sala que declaró nulo el laudo. Para ello, la Sala deberá fallar en forma inmediata sobre la base de lo actuado en el proceso arbitral hasta el momento anterior a que se emitiera el laudo arbitral, pues lo actuado en dicho proceso conserva plena validez, ya que no ha sido declarado nulo y porque en el proceso arbitral las partes han ejercido en forma plena su derecho de defensa.

Al respecto, debemos señalar que esta sentencia ameritó un pronunciamiento de la Cámara de Comercio de Lima, pues se consideró que el Tribunal Constitucional con esta interpretación de la norma legal podría haber afectado el principio de «*juez natural*», pues la determinación del órgano judicial competente para conocer una controversia viene preestablecida por normas procesales y no debe ser fijada por una sentencia de manera específica para un caso en particular.

Finalmente, mencionamos el Caso IVESUR (STC n.º 2851-2010-PA/TC). En la sentencia expedida por mayoría se concluye que no le es exigible a la demandante el agotamiento de la vía previa judicial porque los hechos que se cuestionan no están comprendidos en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. Por lo que el cuestionamiento al Consejo Superior de Arbitraje, por una supuesta infracción de la imparcialidad, es una situación excepcional que no está regulada y por ello no le es exigible a IVESUR S.A. el agotamiento de la vía previa.

Tal conclusión, como resulta obvio, no la compartimos. A nuestro juicio, es evidente que lo que IVESUR S.A. perseguía, al cuestionar

al Consejo Superior de Arbitraje y no directamente al Tribunal Arbitral que resolvió la controversia, es, precisamente, evitar la exigencia del agotamiento de la vía previa. Resolver en sentido contrario, implicaba colocar en riesgo la estabilidad y seguridad jurídica de la institución del arbitraje, porque bastaría, en adelante, que quien quisiera conseguir la nulidad de un laudo arbitral, cuestione una supuesta irregularidad (que, por lo demás, en el presente caso no se apreciaba) en la designación de un árbitro para considerarse eximido de la obligación de agotar la vía previa.

De lo que se desprende que en el estado actual de la cuestión tenemos dos posiciones en el Colegiado. De un lado, los votos emitidos por los Magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz a favor de un control constitucional amplio del arbitraje. De otro lado, los magistrados Vergara Gotelli, Urviola Hani y Ernesto Álvarez Miranda, que se han distanciado de la posición de mayoría a favor de una línea autolimitativa.

Así, tal modelo de control constitucional arbitral no parece haber afianzado la residualidad en la configuración del amparo recogida en el modelo del Código Procesal Constitucional.

Nuevas reglas sobre procedencia del amparo en materia arbitral (Precedente vinculante STC n.º 00142-2011-PA/TC, Caso Minera María Julia)

A fin de contrarrestar tal situación, se emitieron una serie de reglas para precisar claramente cuándo el amparo resulta procedente para cuestionar laudos arbitrales que las partes estimen inconstitucionales.

Sobre el particular, cabe preguntarnos en primer lugar, ¿cuál es el rol que le corresponde a la jurisdicción constitucional en materia de control del arbitraje? La respuesta, a nuestro juicio, debe darse sobre la base de un presupuesto de doble nivel. Un dato normativo que no puede desconocerse es el mandato del Decreto Legislativo n.º 1071,

que norma el Arbitraje, que establece la posibilidad de un recurso de anulación como fórmula *ex post* (artículo 62), de igual manera que la derogada Ley General de Arbitraje reguló los recursos de apelación y de anulación.

Adicionalmente, resulta claro que el referido recurso de anulación no es una etapa procesal integrante del arbitraje. Se trata más bien, por sus propias finalidades, así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito es constituirse en la vía idónea para la impugnación de laudos arbitrales.

Lo expuesto, lógicamente, no impide que, posteriormente, se cuestione mediante el amparo la actuación en el proceso judicial de anulación por infracción al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional y de forma que se garantice la optimización de los bienes constitucionales comprometidos; a saber, el adecuado funcionamiento de la jurisdicción arbitral a la luz del orden público constitucional y los derechos fundamentales de los justiciables.

Las notas esenciales de este amparo constitucional se ajustan al modelo procesal del Código constitucional adjetivo vigente, es de carácter subsidiario o residual. En efecto, afirmar que el amparo es un proceso residual, conforme a la regulación dispensada por el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, significa que la demanda planteada en esta vía resultará improcedente si es posible obtener una tutela *igualmente efectiva* en la vía procesal ordinaria.

En esa medida, bien puede sostenerse que, cuando menos desde un punto de vista subjetivo (interés del demandante), la residualidad del amparo hace de los jueces del Poder Judicial la primera y más importante línea de defensa de los derechos fundamentales o, por así decirlo, sus guardianes naturales. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (artículos 201 y 202 de la Constitución y 1 de su

Ley Orgánica —Ley n.º 28301—), pasa a cumplir una función esencialmente objetiva, orientada a la delimitación y adecuada interpretación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales en circunstancias en las que esta interpretación haya sido realizada de modo indebido en sede del Poder Judicial, o en el caso de derechos que no hayan merecido mayor desarrollo jurisprudencial y que, en esa medida, requieran de la intervención integradora de este Colegiado en aras de asegurar su aplicación predecible por parte del Poder Jurisdiccional.

Las reglas estipuladas en tal precedente son las siguientes:

- Improcedencia del amparo arbitral:
 - El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.
 - De conformidad con el inciso b) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.
 - Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071; o el recurso de

apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65 e inciso 1 del artículo 73 de la Ley n.º 26572, respectivamente.

- Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63 [incisos «e» y «f»]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65 [inciso 1] y 73 [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).
- La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.
- Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.
- No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:
 - Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucio-

nal. Para tal efecto, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

- Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Para tal efecto, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.
- Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

De este modo, se persigue limitar la instrumentalización de los procesos constitucionales para enervar maliciosamente la eficacia de los

laudos arbitrales, prolongando artificiosamente la discusión del fondo de las controversias, bajo un supuesto discurso de respeto y defensa de los derechos fundamentales.

Quienes voluntariamente decidieron recurrir al fuero arbitral, se decantaron por tal opción con el fin de evitar llevar el litigio al Poder Judicial, por lo que en principio, el control jurisdiccional del laudo debe ser sumamente excepcional (control de baja intensidad).

Supone también, revalorar el papel que cumplen los árbitros y jueces por igual, requeridos por la sociedad para lograr satisfacer sus pretensiones de justicia, unidos todos en la inmensa tarea de consolidación del Estado de Derecho en nuestro país, forjando reglas y líneas de predictibilidad jurídica y sometimiento de los legítimos intereses al ordenamiento constitucional.

EL NUEVO PROCESO DE AMPARO ARBITRAL:
SOBRE SU APLICACIÓN TEMPORAL
Ricardo Beaumont Callirgos

EL NUEVO PROCESO DE AMPARO ARBITRAL: SOBRE SU APLICACIÓN TEMPORAL

*Ricardo Beaumont Callirgos**

Sumario: 1. Introducción.— 2. El caso constitucional.— 3. Las nuevas reglas procesales.— 4. El fundamento jurídico n.º 31.— 4.1. La aplicación inmediata de las normas procesales.— 4.2. La aplicación temporal de los precedentes.— 4.3. La aplicación inmediata de los precedentes según el Tribunal Constitucional.

1. INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento del avance tecnológico, el desarrollo económico y la especial apertura del mercado peruano a la inversión privada (desde mediados de la década de los noventa), ha sido de ocasión que actualmente hoy nuestros jueces se enfrenten a conflictos que antes no eran usuales. El Derecho Informático, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Globalización, son unos cuantos de los que ahora se vienen abriendo camino como unos de los tantos asuntos recurrentes a los que hoy nuestros jueces deben dar soluciones razonables acordes con el derecho y con el cambio social y tecnológico.

En virtud de este crecimiento tecnológico y de este aumento de tráfico de capitales y de negocios, se han producido más conflictos de intereses que, por supuesto, han incidido directamente en la carga procesal

* Magistrado del Tribunal Constitucional.

de los jueces. Pero estos nuevos conflictos no sólo han implicado una realidad cuantitativa de la típica sobrecarga procesal, sino que además exigen de la judicatura una mayor «especialización» sobre las materias que les toca resolver. Estas dos variables, pues, han determinado entre los operadores jurídicos una mayor presencia de los denominados «medios alternativos de solución de conflictos», esto es, de la mediación, la conciliación y, sobre todo, del arbitraje que consiste en la intervención de un tercero imparcial (que no es un juez) cuya función es poner fin a un conflicto de intereses.

Al igual que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, el auge del arbitraje, planteó a la justicia constitucional, en particular, al Tribunal Constitucional, el problema de si sus actuaciones eran susceptibles o no de control de constitucionalidad. Aunque, la cuestión hoy está resuelta, pues es casi unánime entre los juristas que el arbitraje sí puede ser revisado por un juez constitucional (en virtud de la doctrina de las «zonas no exentas de control constitucional»); la controversia, más bien, ahora se ha concentrado en establecer cuáles deben ser los supuestos de procedencia del amparo en materia de decisiones arbitrales y cuáles deben ser los efectos de la sentencia constitucional sobre éstas.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha venido paulatinamente dando respuesta a estas interrogantes en distintas ocasiones a través de sus sentencias. Últimamente, ha dictado la STC n.º 00142-2011-PA, caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia, con calidad de precedente vinculante, donde se han establecido todos los supuestos de procedencia e improcedencia del proceso de amparo en materia arbitral. Pero, dada la amplitud de los muchos problemas y ventajas que surgen de estos nuevos supuestos de procedencia, sea tanto para la práctica judicial como para la práctica comercial; las presentes líneas, no obstante, estarán reservadas únicamente a desarrollar, brevemente, acerca de los efectos temporales de las nuevas reglas procesales del citado precedente en los actuales procesos constitucionales.

2. EL CASO CONSTITUCIONAL

La sentencia que nos convoca se origina en virtud de una demanda de amparo interpuesta por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia contra el Tribunal Arbitral de Árbitro Único, don Luis Humberto Arrese Orellana, quien solicitaba que se declare la nulidad del laudo arbitral de derecho, contenido en la Resolución del 22 de septiembre de 2009, por supuestamente haberse vulnerado sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. En concreto, señalaba que la motivación del laudo arbitral era deficiente, dado que no se cumplía con fundamentar debidamente acerca de la supuesta existencia de incompatibilidad en la cláusula tercera de su contrato de cesión minera que regulaba el momento de inicio de una exploración minera.

Pues bien, independientemente de los hechos del caso concreto, lo importante es que el Tribunal Constitucional aprovecha la oportunidad para replantear su competencia para el análisis de las actuaciones de la jurisdicción arbitral. Como bien expone la propia sentencia, el Tribunal Constitucional tenía ya sentada una línea jurisprudencial por aceptar, en principio, la procedencia del proceso de amparo contra las decisiones arbitrales, pero su coherencia era discontinua en cuanto a los requisitos procesales de forma y de fondo. No obstante, si era uniforme la opinión del Tribunal Constitucional que el control judicial de las decisiones arbitrales, a través del *recurso de nulidad* en la normativa legal sobre el arbitraje, constituía una «vía previa» y que su agotamiento era una exigencia *sine qua non*, asimismo, que el amparo arbitral procedía sólo en defensa del derecho constitucional a la tutela procesal efectiva, así como de los precedentes dictados por el Tribunal Constitucional.

Ahora, el cambio más relevante del nuevo precedente es, precisamente, que los recursos judiciales para impugnar el laudo ante el Poder Judicial ya no son considerados una «vía previa», sino una auténtica «vía procedimental específica» en los términos del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, el Tribunal Constitu-

cional ha estimado «que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias, quien acuda al recurso de anulación del laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional».¹

3. LAS NUEVAS REGLAS PROCESALES

Sobre la premisa de que el recurso de nulidad para cuestionar judicialmente un laudo arbitral constituye una vía procedimental específica, el Tribunal Constitucional formula las siguientes *reglas de improcedencia*:²

- a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley n.º 26572, constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de los derechos constitucionales que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional.
- b) Cuando una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales, aun

¹ STC n.º 00142-2011-PA/TC, fundamento jurídico n.º 18.

² *Idem*, fundamento jurídico n.º 20.

cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva, en vista de que para tales casos está habilitado el recurso de nulidad según lo establecido en el artículo 63, inciso b) del Decreto Legislativo n.º 1071.

- c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación del Decreto Legislativo n.º 1071; o el recurso de apelación y anulación según la normativa arbitral anterior.
- d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible, procederá el recurso de anulación del Decreto Legislativo n.º 1071; o los recursos de apelación y anulación de la normativa arbitral anterior, siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo.
- e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en un proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Y se establece como supuestos de procedencia del amparo sobre asuntos arbitrales los siguientes casos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo n.º 1071.

4. EL FUNDAMENTO JURÍDICO n.º 31

Ahora, estas nuevas reglas establecidas por el Tribunal Constitucional, según su sentencia es de **aplicación inmediata**. Así, indica: «A partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda que se encuentre en trámite y que no se ajuste al precedente vinculante establecido en la presente sentencia debe ser declarada improcedente. Por seguridad jurídica y en vía excepcional las partes pueden en un plazo no mayor de 60 días hábiles interponer recurso de apelación o anulación, según corresponda, en sede ordinaria».

En lo que sigue, trataré de ampliar brevemente la noción de «aplicación inmediata» de un precedente vinculante, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4.1. La aplicación inmediata de las normas procesales

Antes, debemos mencionar que la teoría general de proceso es la disciplina donde más se ha trabajado el tema del cambio de las reglas pro-

cesales. Así, es usual que por motivos de diversa índole, los órganos legislativos expidan nuevas normas jurídicas de naturaleza procesal, ampliando o reduciendo los poderes de los jueces en la actuación judicial, sea en materia de competencia, admisión de medios probatorios, recursos impugnatorios, etc. Pero, indistintamente de lo positivo o no que pudieran resultar los nuevos cambios, surge el problema de la aplicación temporal, o sea el problema de a partir de qué acto procesal serán aplicables las nuevas normas procesales. Ello, por supuesto, *prima facie* estará supeditado a la claridad con la que se redacte la norma misma y, en particular, las disposiciones transitorias de la ley.

No obstante lo anterior, desde el punto de vista de la teoría general del proceso, podemos clasificar el problema de la aplicación temporal de las normas procesales en los siguientes episodios, a saber:

- a) Cuando un proceso judicial está por iniciarse,
- b) Cuando un proceso judicial ya se ha iniciado, y
- c) Cuando un proceso judicial ya ha concluido

No hay mucho que decir respecto del *ítem* c), pues a los procesos judiciales concluidos, sencillamente ya les fue alcanzado el imperio de la cosa juzgada. En ese sentido, estos procesos ya no pueden ser influidos por las nuevas normas procesales: puesto que el proceso y la jurisdicción han cumplido su cometido, el resultado final de ellos queda firme, sin ser tocada por las nuevas normas de Derecho Procesal, salvando así los efectos que se siguen del proceso.³

Sobre el *ítem* a), ninguna cuestión puede surgir, por otra parte, respecto de los procesos que aún no se han iniciado, ya que es evidente que tendrán ellos que atenerse a las reglas establecidas en la nueva ley procesal.⁴

³ Rocco, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Depalma, 1976, vol. 1., p. 222.

⁴ *Idem*, p. 222.

Sobre el *ítem* b), deben respetarse los actos procesales ya llevados a cabo bajo la vigencia de la ley antigua, mientras que los actos nuevos, si la ley no regula sobre la materia, se registrarán normalmente por la ley nueva.

4.2. *La aplicación temporal de los precedentes*

Entrando al llano, en lo que a sentencias se refiere podemos decir que la teoría general del precedente del *common law* distingue, según sus efectos en el tiempo, las siguientes categorías:

a) Aplicación retroactiva

Sucede cuando la fuerza del precedente regula para los hechos que han tenido lugar con anterioridad al momento del precedente, así como para los hechos futuros.

En la STC n.º 01412-2007-PA/TC, caso Juan de Dios Lara Contreras, sobre la procedencia del amparo contra resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de ratificación de magistrados, el Tribunal Constitucional moduló los efectos de su sentencia para hechos pasados. Así, estableció, en su parte resolutoria, que: «Todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido; este criterio deberá ser tenido como fundamento a tener obligatoriamente en cuenta por los jueces de toda la República como criterios de interpretación para la solución de casos análogos» (subrayado agregado).

b) Aplicación prospectiva

En este supuesto, no se aplica a las partes del proceso, sólo opera para los hechos futuros.

Un caso donde se aplicó esta técnica, es la STC n.º 0090-2004-PA/TC, caso Carlos Callegari Herazo. El Tribunal señaló en su fundamento jurídico n.º 5, *in fine*: «Precisamente, en base a ello, este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen» (subrayado agregado).

c) Aplicación prospectiva-prospectiva

Un tribunal puede posponer el efecto de una nueva regla a una fecha futura concreta empleando la técnica de la derogación prospectiva-prospectiva. Esta técnica es aplicada cuando una regla firmemente establecida es derogada por un tribunal y éste considera necesario dar al Parlamento dar una oportunidad para valorar el problema y realizar los cambios apropiados antes de que la nueva regla sea efectiva. Para dar al Parlamento tiempo para actuar, los tribunales generalmente posponen el efecto de la nueva regla anunciada hasta el próximo período legislativo de sesiones.⁵

d) Aplicación cuasi-prospectiva

La aplicación cuasi-prospectiva, como la prospectiva, protege la confianza en las decisiones anteriores aplicando la decisión derogatoria a los actos, hechos o transacciones realizados después de la fecha efectiva de la decisión; pero la decisión se aplica a las partes del proceso. La justificación para usar esta técnica es doble: primero, realizar un anuncio del precedente obligatorio indicando que es más que mero *dictum*; y segundo, recompensar a los recurrentes con

⁵ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Editorial Cívitas S.A., 1995, pp. 180-181.

éxito y, por tanto, dar un incentivo a los litigantes para cambiar las reglas de derecho existentes que necesitan reformarse.⁶

Un ejemplo de la aplicación de esta técnica, es la STC n.º 02805-2005-PA/TC, caso Julia Mabel Benavides García, sobre amparo contra actuaciones municipales (licencias municipales). En esta oportunidad, en su fundamento jurídico n.º 10, el Tribunal resolvió: «Con relación a la presunta afectación del derecho a la libertad de trabajo de la recurrente, según ella misma lo reconoce expresamente en su escrito de demanda, su local comercial no cuenta con licencia de funcionamiento expedida por la autoridad municipal; en consecuencia, en concordancia con lo expuesto en el fundamento n.º 6, supra, [regla del precedente] y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, la presente demanda deviene en improcedente en dicho extremo» (subrayado agregado).

4.3. La aplicación inmediata de los precedentes según el Tribunal Constitucional

Según se expresa en el fundamento jurídico n.º 31 de la sentencia constitucional, las nuevas reglas de procedencia del amparo arbitral se aplican a todas las demandas que se encuentren en trámite a partir del día siguiente de publicado el nuevo precedente en el diario oficial *El Peruano*. Conforme se expuso, para los procesos judiciales ya iniciados, cuando se trata de nuevas reglas procesales, éstas deben aplicarse a los actos procesales por consumarse, siempre y cuando le sean aplicables. Podríamos decir que ésta es la fórmula general.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha tenido la siguiente formulación cuando se ha tratado de la «aplicación inmediata» de algún precedente que dicte nuevas reglas procesales. A continuación, tres casos relevantes:

⁶ *Idem*, pp. 181-182.

a) STC n.º 01417-2005-PA/TC. Caso Manuel Anicama Hernández

En esta sentencia el Tribunal, como es consabido, dictó las reglas de procedencia del amparo en materia de pensionaria. Sobre los efectos en el tiempo, este máximo órgano prescribió, en su parte resolutive que: «toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente».

Asimismo, en vista de que una serie de demandas que, siguiendo las reglas procesales anteriores, se encontraban en curso, ahora serían declaradas improcedentes *in limine*, el propio Tribunal determina las reglas de remisión de los mismos a los juzgados contencioso-administrativos para que éstos puedan abocarse a su conocimiento.

b) STC n.º 00206-2005-PA/TC. Caso César Baylón Flores

En este pronunciamiento el Tribunal Constitucional regula las reglas de procedencia del amparo en materia laboral, distinguiendo entre controversias de la actividad pública de las de la actividad privada, siendo sólo para estos últimos posible acudir al proceso de amparo. Al igual que en el caso anterior, en el fundamento jurídico n.º 34, se dispone que: «toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes» (*sic*).

c) STC n.º 00168-2005-PA/TC

En virtud de este precedente vinculante, el Tribunal Constitucional restringió la procedencia del proceso de cumplimiento a determinadas condiciones del *mandamus*; y ordenó, en su parte resolutive, que las nuevas reglas procesales: «constituyen precedente vinculante

inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de cumplimiento que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente».

Lo que se desprende es que, por lo general, cuando se señala que un precedente es de «aplicación inmediata» ésta tiene efectos retroactivos, pero se limita la retroactividad sólo a los procesos constitucionales en trámite; es decir, no alcanza a los procesos culminados con sentencias firmes (cosa juzgada), puesto que de darse así sería peligroso desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Pero, de todas formas, sólo una naturaleza retroactiva de los efectos de un precedente vinculante podría explicar la razón en virtud de la cual todas las demandas que en su oportunidad fueron admitidas a trámite con antiguas reglas procesales, sean luego declaradas improcedentes.

Debe agregarse que la retroactividad que implica la «aplicación inmediata» no resulta arbitrario, pues en realidad lo que el Tribunal Constitucional lleva a cabo es el principio de autonomía procesal que informa sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, conforme a las cuales goza de un margen razonable de flexibilidad para modular los efectos o el impacto de sus sentencias sobre los justiciables, de manera que cualquier formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales, esto es, la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En el caso del precedente vinculante sobre amparo arbitral (STC n.º 00142-2011-PA/TC), por lo tanto, también tiene efectos hacia atrás y sólo hasta los procesos de amparo en trámite (efecto retroactivo). Una regla importante adicional que dicta el Tribunal, es el plazo de sesenta

días hábiles para interponer el recurso de apelación o anulación, según corresponda, en caso la demanda de amparo sea improcedente según las nuevas reglas. Esto es positivo, porque resulta ser para los litigantes un incentivo para impugnar y darle la oportunidad al Tribunal Constitucional de poder establecer nuevas reglas jurídicas.

ARBITRAJE Y AMPARO
Mario Castillo Freyre
Rita Sabroso Minaya

ARBITRAJE Y AMPARO

*Mario Castillo Freyre**

*Rita Sabroso Minaya***

Sumario: 1. Introducción.— 2. El caso PROIME-ENAPU: Expediente n.º 4195-2006-PA/TC.— 3. El caso CODISA-COFIDE: Expediente n.º 5311-2007-PA/TC.— 3.1. Sobre el agotamiento de la vía previa al amparo.— 3.2. Sobre la valoración y calificación de los hechos y medios probatorios.— 3.3. Sobre la negociación previa al arbitraje.— 4. El caso CRASA-RBC: Expediente n.º 02386-2008-PA/TC.— 5. El caso Torres Arana-Marina Internacional Holding/ Mía Meliá Inversiones Americanas: Expediente n.º 05923-2009-PA/TC.— 6. El caso IVESUR-Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima: Expediente n.º 02851-2010-PA/TC.— 7. Conclusiones.

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

** Rita Sabroso Minaya, Abogada en ejercicio titulada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima y de Contratos Típicos en la Universidad Científica del Sur. Con estudios en la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial de dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaria Arbitral en procesos Ad-Hoc.

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el desarrollo del arbitraje en el mundo ha sido enorme en los últimos años, habiendo devenido en la vía más utilizada para resolver conflictos, lo que le otorga una importancia verdaderamente significativa.

Incluso, nuestra Constitución, al tiempo que garantiza el acceso a la justicia ordinaria, permite a los particulares y aun al Estado, dejar de lado la jurisdicción ordinaria o natural, recurriendo al arbitraje como fórmula alternativa.¹

Ahora bien, a pesar del auge del arbitraje, éste debe convivir con la justicia ordinaria, pero para que esta convivencia sea armónica, se debe establecer una relación de cooperación entre ambos mecanismos. Así como los árbitros deben comprender las limitaciones —como la falta de *coertio*— que les impone su origen privado, es necesario que los jueces compartan la idea del arbitraje como sistema que coopera en la solución de conflictos, prestando su auxilio cuando se deba recurrir a ellos, aceptando también sus propias limitaciones, como son la de no intervención en materias sometidas a arbitraje.²

Lamentablemente, en el Perú, la convivencia del arbitraje con la justicia ordinaria no ha sido armónica y ha tenido sus altas y sus bajas. Una muestra de ello, ha sido —desde hace unos cuantos años— el empleo indiscriminado de demandas de amparo para entorpecer el inicio o el desarrollo de procesos arbitrales.

Ello, habida cuenta de que el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, además de las normas pertinentes de la antigua Ley de Hábeas

¹ En efecto, el segundo párrafo del inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

² CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 200, p. 35.

Corpus y Amparo, permitía interpretar que cabía la interposición de demandas de amparo en contra de resoluciones arbitrales.

En tal sentido, se recurría a la interposición de demandas de amparo, a efectos de, por ejemplo, obtener una medida cautelar que modificara el sentido de alguna resolución arbitral, o que suspendiera el curso del proceso arbitral, hasta que se resolviese el fondo del tema en materia constitucional.

Si bien era aceptable —teóricamente— que se pueda suspender un proceso arbitral o un proceso cualquiera hasta que se solucione la controversia en torno a si había habido o no violación de un derecho constitucional; en el terreno práctico tales consideraciones hacían absolutamente inviable la posibilidad de seguir de manera racional un proceso arbitral, en tanto y en cuanto una de las partes estuviese decidida a torpedear el desarrollo de dicho proceso.

A raíz de dicha situación, el propio Tribunal Constitucional —en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC— señaló que debía protegerse la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el *principio de no interferencia*. En efecto, subrayó que los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidas las de las autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.³

Es decir, el Tribunal Constitucional subrayó la plena vigencia del principio *kompetenz-kompetenz*, previsto en el artículo 39 de la dero-

³ Fundamentos n.ºs 12 y 13 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC.

Cabe precisar que los fundamentos n.ºs 8, 11, 14, 17 y 18 también son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

gada Ley General de Arbitraje y en el artículo 41 del actual Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el arbitraje, el mismo que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje —mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales—, pretenda convocar la participación de jueces mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil, penal o constitucional.

Dentro de tal orden de ideas, el Tribunal Constitucional —con acertado criterio— reconoció la plena y absoluta competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas a su fuero, con independencia de la judicatura ordinaria. Es más, tratándose de materias de su competencia, el control judicial en materia arbitral debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación (si se hubiera pactado) y anulación del laudo; en tanto, el control constitucional deberá realizarse de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del Código Procesal Constitucional, no siendo procedentes los procesos constitucionales, cuando no se hubieran agotado las vías previas.

Por otro lado, como sabemos, el Tribunal Constitucional ha señalado en otras oportunidades⁴ que el artículo 139 de la Constitución consagra en su inciso tercero la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza a las partes que, ante su pedido de tutela, el órgano jurisdiccional observe el debido proceso e imparta justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.⁵

De esta manera, todo tribunal arbitral tiene que estar sometido al control constitucional, por cuanto la naturaleza de jurisdicción inde-

⁴ Fundamento n.º 8 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 1567-2006-PA/TC.

⁵ Estos principios de la función jurisdiccional son recogidos, enunciativamente, por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, al señalar que «se entiende por tutela jurisdiccional efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, su derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso (...)».

pendiente del arbitraje, como lo menciona el Tribunal Constitucional, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionalmente reconocidos.

En efecto, como ya lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva.⁶

En tal sentido, los tribunales arbitrales no se encuentran exceptuados de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso, ya que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*.

Sin embargo, algunas veces, aquéllos que no obtienen un laudo favorable, recurren —sin fundamento válido— a la vía constitucional, alegando supuestas vulneraciones al derecho al debido proceso.

De esta manera, en el presente artículo analizaremos cómo se ha complementado el precedente de observancia obligatoria de la sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC y analizaremos los pronunciamientos más controversiales que ha emitido en los últimos años el Tribunal Constitucional, a efectos de ver si se está avanzando —o no— en la lucha por la autonomía del arbitraje.

⁶ Fundamento n.º 18 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 4972-2006-PA/TC.

2. EL CASO PROIME – ENAPU: EXPEDIENTE n.º 4195-2006-PA/TC

En la sentencia recaída en este expediente, el Tribunal Constitucional —siguiendo la línea jurisprudencial iniciada con los Expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC y n.º 1567-2006-PA/TC sobre el ámbito de control constitucional del laudo arbitral— precisó algunos supuestos adicionales sobre la procedencia del amparo en contra de laudos.

En primer lugar, dicho Colegiado señaló —acertadamente a nuestro entender— que «el hecho de que el laudo sea *prima facie* inimpugnable, no lo convierte en incontrolable en la vía del proceso de amparo». En efecto, como ya lo hemos señalado, el debido proceso no se encuentra exceptuado en los procesos arbitrales, ya que dicho principio compromete normas del orden público constitucional que no son privativas únicamente de los procesos judiciales.

En efecto, si bien las partes pueden pactar que el laudo es inapelable, el laudo arbitral está sujeto —en primer lugar— al control que se deriva de los recursos de anulación (contemplado por la propia Ley de Arbitraje). Luego de ello, el laudo arbitral está sujeto al control constitucional, siempre que se vulnere un derecho constitucional.⁷

Por otro lado, el Tribunal Constitucional precisó que si bien el recurso de anulación es una vía previa al amparo, no debemos olvidar que nuestro ordenamiento contempla una lista taxativa de las causales para la anulación del laudo.

Es así que —acertadamente—, el Tribunal Constitucional estableció que «una afectación que no esté contemplada como causal de anulación del laudo, y que, sin embargo, compromete seriamente algún

⁷ Recordemos que el artículo 37 del Código Procesal Constitucional, Ley n.º 28237, establece cuáles son los derechos protegidos a través del amparo, entre los que se encuentra el de «tutela procesal efectiva» (inciso 16).

derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos».

Como se puede apreciar, se establece una excepción a que el recurso de anulación del laudo sea la vía previa para acudir al amparo, y ello se presentará cuando la afectación no esté contemplada como causal de anulación del laudo en la Ley de Arbitraje, y cuando dicha afectación repercuta en el contenido constitucional de un derecho fundamental.

Sólo en ese supuesto, la parte perjudicada con un laudo arbitral podrá acudir a la vía del amparo para su tutela, eximiéndose de tramitar el recurso de anulación respectivo.

Finalmente, y a efectos de determinar el ámbito de actuación del Tribunal Constitucional cuando conozca de amparos contra laudos arbitrales, dicho colegiado estableció cinco reglas precisas; a saber:

- (i) El amparo resulta improcedente cuando se cuestiona actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso.
- (ii) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos de apelación o anulación.
- (iii) El amparo resulta improcedente cuando se cuestiona la interpretación realizada por el tribunal arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.
- (iv) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los

que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional.

- (v) Quien alega una violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza documental en el que se constata dicha vulneración.

Como se puede apreciar, si bien no se establece un precedente de observancia obligatoria, la sentencia recaída en el Expediente n.º 4195-2006-PA/TC es totalmente relevante en la lucha por la defensa de la autonomía del arbitraje. De esta manera, las citadas reglas nos ayudarán en el análisis de los siguientes casos.

3. EL CASO CODISA-COFIDE: EXPEDIENTE n.º 5311-2007-PA/TC

3.1. Sobre el agotamiento de la vía previa al amparo

En la sentencia recaída en este expediente, el Tribunal Constitucional —apartándose de la línea jurisprudencial que tan acertadamente habían trazado— amparó la demanda de CODISA, sin que dicha empresa hubiese agotado las vías previas; a saber: el recurso de anulación.

Ello, a pesar de que, en el caso materia de análisis, no estábamos frente a una de las excepciones contempladas en la sentencia recaída en el Expediente n.º 4195-2006-PA/TC, en tanto que las supuestas afec-

taciones⁸ a CODISA sí estaban contempladas dentro de las causales de anulación del laudo.⁹

Al ser el tema del agotamiento de la vía previa uno de naturaleza procesal, lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional debía aplicarse —incluso— a los procesos en trámite.¹⁰

En efecto, el agotamiento de las vías previas (en ese caso, el recurso de anulación) antes del control constitucional de un laudo, es un criterio interpretativo que el propio Tribunal Constitucional reiteró en el precedente vinculante que vimos en la parte introductoria del presente artículo, y que, sin embargo, de manera sorprendente, no siguió en el caso bajo comentario, olvidándose de que todos en el Perú estamos vinculados a los pronunciamientos que constituyen precedentes vinculantes que el Tribunal Constitucional emita; incluso, los propios magistrados del citado tribunal, en tanto —claro está— no sean modificados

⁸ Según refiere CODISA, el arbitraje se habría desarrollado de manera irregular, violándose sus derechos constitucionales al debido proceso y tutela judicial efectiva, por las siguientes razones:

- No se habrían observado las acciones y requisitos señalados en el convenio arbitral;
- No se habría saneado el proceso, consintiéndose la actuación de COFIDE, sin tener legitimidad activa para obrar;
- Se habría aplicado indebidamente el derogado Decreto Ley n.º 25935 y no la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572;
- Se habría impuesto una penalidad «draconiana» nula *ipso iure* desde su origen; y
- No se habría otorgado el mérito correspondiente a las pruebas aportadas por CODISA.

⁹ Incluso, de la sentencia se desprende que CODISA sí interpuso el recurso de anulación respectivo en contra del Laudo Arbitral, y que dicho recurso de anulación habría sido admitido por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. En tal sentido, a entender de la propia CODISA, la supuesta violación de sus derechos por parte del Tribunal Arbitral, sí estaría comprendida en las causales de anulación de laudo, por lo que optó por recurrir a la vía ordinaria para impugnar el laudo y conseguir su anulación.

¹⁰ Cabe precisar que la demanda se interpuso cuando estaba en vigencia la derogada Ley de Hábeas Corpus y Amparo; y no el actual Código Procesal Constitucional.

formalmente por este órgano de justicia, hecho que no se produjo en el caso analizado.

Dentro de tal orden de ideas, no encontramos sustento jurídico alguno que permita amparar la demanda de amparo de CODISA, en tanto no se agotaron las vías previas. Es decir, no estamos de acuerdo con el «carácter permisivo» al que se hacía referencia en los votos singulares que señalaban que, en virtud del principio de temporalidad y de la regla *pro actione*, se debía eximir a CODISA del agotamiento de las vías previas.

En dichos votos se afirmaba —sorprendentemente— que «[...] la regla *pro actione* (...) obliga a presumir a favor de la continuidad del proceso en caso de duda o incertidumbre sobre el cumplimiento de las condiciones de procedibilidad de la demanda». Sin embargo, dichos votos parecían olvidar que —precisamente— la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional establece la aplicación de normas procesales (como la del agotamiento de la vía previa) a los procesos en trámite; por lo que —en el presente caso— no existía duda o incertidumbre alguna respecto a la improcedencia de la demanda y, mucho menos, cuando la propia CODISA había acudido en forma paralela a un proceso de anulación de laudo.

En consecuencia, a nuestro entender, el Tribunal Constitucional debió declarar improcedente la demanda de CODISA, habida cuenta de que no agotó la vía previa (que ella misma inició), a saber: el proceso de anulación de laudo arbitral.

3.2. Sobre la valoración y calificación de los hechos y medios probatorios

En este caso, CODISA también cuestionó la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje (en específico, lo relativo a una penalidad contractual), cuando ello —como todos sabemos— es de exclusiva competencia de los árbitros, quienes resuelven conforme a las reglas del arbitraje.

Al respecto, debemos recordar el cuarto criterio contenido en la sentencia recaída en el Expediente n.º 04195-2006-AA/TC, en donde el propio Tribunal Constitucional señaló que sólo podía cuestionarse —vía proceso de amparo— la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje cuando se advierta una arbitrariedad manifiesta, que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso y sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional.¹¹

Como podemos ver, para el caso de amparo contra laudos, la arbitrariedad en la valoración y calificación de los hechos debe ser manifiesta y para ello deberá bastar con la simple lectura del laudo o de los documentos que obran en el propio expediente arbitral, los cuales deberán ser presentados junto con la demanda.

Ahora bien, a nuestro entender, el tema de la supuesta penalidad «draconiana» que se le habría impuesto a CODISA era un asunto que estaba absoluta y únicamente sometido a la valoración y calificación de los árbitros.

El Tribunal Constitucional —de modo alguno— debió pronunciarse al respecto, al tratarse de un tema de fondo.

Sin embargo, algunos de los magistrados se pronunciaron sobre los alcances de una cláusula contractual, analizando la cuantía de la penalidad y afirmando que se trataba de una «desproporción que no podía pasar por inadvertida».

¹¹ Según el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, «en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa».

De esta manera, la valoración y calificación de los hechos y medios probatorios sometidos a arbitraje han sido materia de análisis por parte del Tribunal Constitucional, el cual —al parecer con una simple lectura de las piezas procesales— concluyó en que la penalidad pactada voluntariamente por las partes fue excesivamente onerosa para una de ellas y que el Tribunal Arbitral puso en evidencia su parcialidad, en tanto no determinó la realización de una pericia de oficio.

El Tribunal Constitucional no puede afirmar que el tribunal arbitral estaría evidenciando su parcialidad hacia una de las partes por la forma cómo valoró las pruebas, ya que ello implicaría que el Tribunal Constitucional pueda determinar cuándo un tribunal arbitral se encuentra o no lo suficientemente informado, lo que —obviamente— no puede ser admitido. Ello, aplicado a cualquier proceso arbitral o, incluso, judicial, es atentatorio contra la solidez de los procesos. En buena cuenta, un litigante malicioso siempre podría cuestionar el fondo de cualquier laudo o sentencia.

3.3. Sobre la negociación previa al arbitraje

Finalmente, no podemos dejar de mencionar el tema de la negociación previa al arbitraje, contemplado en el convenio arbitral.

En efecto, según se desprende de la sentencia bajo comentario, en el convenio arbitral se habría establecido que «toda controversia o discrepancia respecto de la ejecución, interpretación o cumplimiento del (...) contrato que no pueda ser resuelta por las partes después de su negociación en buena fe por un periodo no mayor de treinta (30) días calendario será llevada a un arbitraje con la notificación escrita por una parte a la otra para acogerse a la presente».¹²

En otras palabras, de surgir alguna controversia, (i) las partes debían iniciar una etapa de negociación, la cual no podría exceder de treinta

¹² Cita extraída del fundamento n.º 4 del voto dirimente.

días calendario; y (ii) transcurrido dicho plazo, cualquiera podría solicitar el inicio de un arbitraje.

Si los hechos descritos tanto en el voto singular como en el voto dirimente eran ciertos, COFIDE no habría solicitado el inicio de las negociaciones previas contemplado en el convenio arbitral (a efectos de resolver el tema del supuesto incumplimiento de CODISA de su obligación de promover la inversión en las cuatro unidades hoteleras, y el tema del pago de la penalidad establecida en los contratos); y, por consiguiente, el arbitraje se habría iniciado contraviniendo lo establecido por las partes en el convenio arbitral.

Sin embargo, de los antecedentes contenidos en la sentencia materia del presente artículo no queda claro si CODISA interpuso o no una excepción de incompetencia en el arbitraje.

Si no se hubiera interpuesto la referida excepción se habría producido una prórroga de la competencia del tribunal arbitral y no correspondería que CODISA empleara ello como argumento para dejar sin efecto el laudo emitido a través de un proceso de amparo. Ni mucho menos, correspondía que el Tribunal Constitucional emitiese un pronunciamiento sobre este extremo.

Si, por el contrario, CODISA hubiera interpuesto la referida excepción y el tribunal arbitral la hubiera declarado infundada, sí correspondería que CODISA cuestione la validez del laudo arbitral. Pero dicho cuestionamiento debió haber sido hecho en la vía correspondiente; a saber: a través de un proceso de anulación de laudo; y, luego, sólo como último recurso, a través de un proceso de amparo.

Dentro de tal orden de ideas, apreciamos que el Tribunal Constitucional se apartó del precedente de observancia obligatoria y de las reglas establecidas en la sentencia recaída en el Expediente n.º 04195-2006-AA/TC.

4. EL CASO CRASA-RBC: EXPEDIENTE n.º 02386-2008-PA/TC

En el presente caso, para el Tribunal Constitucional la devolución de ciertos derechos inmateriales no era materia arbitrable, al ser una «directamente concerniente a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público», tal como lo establece el inciso 4 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.¹³

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

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

Ahora bien, no compartimos el criterio empleado por el Tribunal Constitucional cuando cuestionó el laudo arbitral en el extremo referido a la devolución de los derechos inmateriales, ya que —a nuestro entender— dicho tema era de libre disposición de las partes y no se encuentra contemplado en el referido inciso 4 del artículo 1.

En efecto, cabe precisar que RBC —en su calidad de titular original— cedió en uso a Austral¹⁴ la autorización contenida en una Resolución Ministerial. Dicha cesión fue aprobada mediante otra Resolución Ministerial, de conformidad con la Ley de Telecomunicaciones, que establece que los derechos otorgados por el Estado (concesiones, autorizaciones, permisos y licencias) son intransferibles, salvo previa autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

¹³ Nos referimos a la derogada Ley n.º 26572, pero aplicable al caso bajo comentario.

¹⁴ Con quien CRASA había celebrado un Contrato de Servicio de Venta de Publicidad y Suministro de Programación Televisiva.

Entre aquellos derechos que RBC cedió, se encontraban los derechos inmateriales que —mediante el laudo arbitral bajo comentario— se ordenaba sean devueltos a su titular original; devolución que —incluso— fue ratificada por el referido Ministerio, mediante una resolución que dejó sin efecto la resolución ministerial que inicialmente aprobó la cesión.

En otras palabras, la devolución de los derechos inmateriales a su titular original no era —de modo alguno— un tema directamente concerniente a las atribuciones o funciones de imperio del Estado.

El hecho de que para la cesión se requiera de una aprobación previa (con la cual, además, sí se contó), no convierte en materia no arbitrable a los derechos inmateriales que formaron parte del contrato de cesión.

En efecto, el que se requiera una aprobación previa para la celebración de un contrato de cesión, no implica que las controversias que se deriven de dicho contrato no puedan ser sometidas a arbitraje, ni que las partes carezcan de libre disposición sobre los derechos materia de la controversia.

No se puede desconocer que el titular original de los derechos inmateriales era RBC y que el hecho de que el laudo ordenase que regresen —precisamente— a su titular original, no constituía —en modo alguno— vulneración a derecho constitucional alguno de CRASA.

La decisión de que el contrato de cesión se resuelva y de que los derechos contenidos en dicho contrato de cesión regresasen a su titular inicial, era un tema que no podía ser cuestionado —vía proceso de amparo— por ser uno de fondo, y porque no se desprendía ningún agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.

Dentro de tal orden de ideas, coincidimos con el voto singular, cuando afirma que, en el presente caso, se estaba cuestionando la inter-

pretación realizada por el árbitro respecto de normas legales y que de tales interpretaciones no se desprendía un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.¹⁵

En consecuencia, la mayor debilidad de la sentencia bajo comentario versaba en que el Tribunal Constitucional analizó temas de fondo, concluyendo en que el Árbitro Único no debió pronunciarse sobre los derechos inmateriales.

En otras palabras, a pesar de que CRASA cuestionó la interpretación realizada por el Árbitro Único respecto de normas legales, de donde no se desprendía un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso, el Tribunal Constitucional declaró fundado el amparo.

Asimismo, el Tribunal Constitucional olvidó que la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros y que ellos deben resolver conforme a las reglas del arbitraje; y que, en el presente caso, no se advierte una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pudiera constatarse de la simple lectura de las piezas del expediente.

A nuestro entender, el actuar del Tribunal Constitucional resulta peligroso, habida cuenta de que cualquier tercero, como CRASA, podría —vía procesos de amparo— cuestionar lo decidido en relación a un contrato sobre el cual no tiene injerencia alguna.

Además, no se demostró cuál habría sido el agravio a los derechos constitucionales que supuestamente se habrían vulnerado en perjuicio de CRASA.

En todo caso, si CRASA se hubiera perjudicado de alguna manera por la resolución del Contrato de Cesión, la vía pertinente hubiera sido,

¹⁵ Tal como exigía la tercera regla de la sentencia recaída en el Expediente n.º 04195-2006-AA/TC.

tal vez, la de reclamar una indemnización por daños y perjuicios en contra de Austral.¹⁶ Ello, en razón de que el principal argumento de CRASA para su demanda de amparo era que «[...] el contrato celebrado de manera legal e inobjetable con Austral podría quedar resuelto, además de haber devenido en inejecutable».

Es decir, si CRASA se veía afectada por la inejecución del contrato que celebró con Austral, debió demandar la correspondiente indemnización a dicha empresa y no acudir a la vía constitucional para dejar sin efecto un laudo que se pronunció sobre un contrato en el que CRASA no era parte.

No puede recurrirse al proceso de amparo como un proceso alternativo a los procesos reservados para la jurisdicción ordinaria, ni tampoco como un «salvavidas» para lo resuelto en procesos arbitrales.

5. EL CASO TORRES ARANA-MARINA INTERNACIONAL HOLDING/MÍA MELIÁ INVERSIONES AMERICANAS: EXPEDIENTE n.º 05923-2009-PA/TC

En el presente caso, el señor Torres logró que se anulara un laudo arbitral en el que se habría laudado sobre una materia no sometida expresa ni implícitamente a la decisión del tribunal arbitral.

A consecuencia de ello, el señor Torres solicitó a la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que, en virtud del inciso 6 del artículo 78 de la derogada Ley General de Arbitraje,¹⁷ se

¹⁶ Si bien no conocemos todos los alcances del laudo cuestionado, resulta evidente suponer que el árbitro analizó posibles incumplimientos por parte de Austral con respecto a las obligaciones contenidas en el Contrato de Cesión y, por ello, resolvió el referido contrato.

¹⁷ Artículo 78.- «Consecuencias de la anulación.-
Anulado el laudo arbitral, se procederá de la siguiente manera:
(...)

aboque al conocimiento de la causa, señale fecha para la vista de la causa y expida sentencia respecto de las pretensiones de la demanda arbitral.

Dicho pedido fue declarado improcedente (tanto por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior como por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema), por lo que el señor Torres acude a la vía constitucional por falta de motivación de las resoluciones que no ampararon su pedido de avocamiento.

De esta manera, el Tribunal Constitucional estima que la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales debía ser evaluada en función de si la interpretación efectuada por las Salas emplazadas del inciso 6 del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje resultaba arbitraria, defectuosa, irrazonable o inexistente.

El Tribunal Constitucional señaló que las Salas han abdicado de su función de interpretar el referido inciso, pues ninguno de los dos órganos judiciales precisaron los alcances de la frase «la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes», lo cual vulnera el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

De esta manera, el Tribunal Constitucional afirma que «si bien la interpretación de la legalidad es función de la justicia ordinaria, en el presente caso este Tribunal considera que dicha regla debe admitir una excepción por cuanto ordenar que la Cuarta Sala Civil de Lima se pronuncie nuevamente sobre la correcta interpretación de la frase mencionada constituye una afectación de los derechos al plazo razonable y a la

6. Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 6) del artículo 73, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes.

(...).

tutela judicial efectiva, por cuanto (...) han transcurrido más de 8 años y no obtiene respuesta alguna sobre lo pretendido (...)).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional consideró que la frase «la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes» debe ser interpretada en el sentido de que «el órgano competente para conocer la pretensión demandada en el proceso arbitral cuyo laudo fue declarado nulo es el Poder Judicial, a través de la Sala que declaró nulo el laudo. Para ello, la Sala deberá fallar en forma inmediata sobre la base de lo actuado en el proceso arbitral hasta el momento anterior a que se emitiera el laudo arbitral, pues lo actuado en dicho proceso conserva plena validez (...)).

Al respecto, debemos señalar que el inciso 6 del artículo 78 podría, efectivamente, ser interpretado en ese sentido, toda vez que el proceso arbitral hasta el estado anterior a la expedición del laudo, habría conservado plena validez, habida cuenta de que no fue objeto de la anulación declarada.

En tal sentido, bastaría con que se remitiera copia del expediente arbitral al juez, quien —luego de estudiarlo por un plazo razonable y de haber oído a las partes en la vista de la causa— emitiría la sentencia que reemplazaría al laudo anulado.

Sin embargo, también debemos precisar que —en la práctica— dicha posición —teóricamente impecable— enfrenta diversos inconvenientes.

En primer lugar, el inciso 6 del artículo 78 no establece a qué juez se debería acudir, es decir, no se sabría si acudir a un juzgado de primera instancia (civil o comercial, dependiendo de la materia en controversia) o si hacerlo a alguna de las Salas de la Corte Superior (civil o comercial).

El segundo tema es el referido a los requisitos que debería exigir el juez para atender el pedido de la parte. Al respecto, cabe preguntarnos si bastaría con presentar una demanda en la que se adjunte lo resuelto tanto por la Corte Superior como por la Corte Suprema o si sería necesario adjuntar copia de alguna pieza procesal en particular. Asimismo, no sabríamos qué tasa judicial pagar para este tipo de proceso *sui generis*.

En tercer lugar, podríamos señalar que hoy en día no existe en la mesa de partes de los Juzgados y Salas, un ingreso para los pedidos provenientes de alguna de las partes, conducentes a que sólo se emita una sentencia en sustitución del laudo anulado. Ello resulta obvio, en tanto en nuestro ordenamiento jurídico no existe —predeterminado legalmente— un proceso con estas características.

Por último, en el supuesto de que se emita una sentencia en reemplazo del laudo anulado, cabría preguntarnos si procedería algún recurso de impugnación contra ella. ¿Sería un recurso de apelación a una instancia superior? ¿Sería un recurso de anulación, en tanto la sentencia estaría reemplazando a un laudo?

Dentro de tal orden de ideas, saltan a la vista los inconvenientes prácticos que se presentarían en el supuesto de que la referencia al Poder Judicial que encontramos en el inciso 6 del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje, implique, únicamente, la intervención de la jurisdicción ordinaria para dictar una sentencia en reemplazo del laudo anulado.

Reiteramos que en nuestra consideración, esta tesis resulta teóricamente sólida, a pesar de que la misma se enfrentaría con el expresado vacío normativo, tanto de la Ley General de Arbitraje como del propio Código Procesal Civil.

6. EL CASO IVESUR-CONSEJO SUPERIOR DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA: EXPEDIENTE n.º 02851-2010-PA/TC

En el caso bajo comentario, IVESUR interpone demanda de amparo contra los vocales integrantes del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, solicitando se declare nulas y sin efecto —entre otras— la resolución que designó al doctor Jorge Vega Velasco como árbitro —en defecto de IVESUR y de Lidercon S.L.—¹⁸ en un arbitraje.

Según refiere IVESUR, se habrían violado sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, de defensa y a la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ello, habida cuenta de que la designación del doctor Vega Velasco contendría un vicio que afectaba su imparcialidad e independencia, al estar el Consejo Superior de Arbitraje conformado por: (i) el doctor Alonso Rey Bustamante, quien se desempeñó como representante, asesor y abogado de una de las partes (Lidercon S.L.); y (ii) el doctor Hugo Sologuren Calmet, socio del Estudio integrado por el doctor Vega Velasco.

¹⁸ En el fundamento n.º 28 de la sentencia bajo comentario, se señala que el doctor Vega Velasco fue designado en defecto de IVESUR. Sin embargo, se trataría de una designación en defecto no sólo de IVESUR sino también de Lidercon S.L., empresa que también fue demandada por Galashiels S.A. Esto se desprende del fundamento n.º 30, en donde se indica que el Consejo Superior de Arbitraje estaba encargado «de la designación del árbitro de las codemandadas».

Asimismo, en el voto singular del magistrado Urviola Hani, se cita el quinto considerando de la Resolución n.º 0033-2005/CSA-CCANI-CCL, de fecha 29 de marzo de 2005, en el cual se señala lo siguiente:

«Quinto: Que, IVESUR ha manifestado mediante escrito presentado el 22 de marzo de 2005, que no ha arribado a un acuerdo con Lidercon sobre la designación del árbitro de parte que les corresponde designar, solicitando que el nombramiento indicado lo realice el Consejo Superior de Arbitraje, sin considerar cualquier propuesta formulada por su codemandada».

Sin embargo, de la contestación de la demanda de amparo presentada por el Consejo Superior de Arbitraje y de la contestación de la demanda de amparo presentada por Galashiels (parte demandante en el arbitraje), se desprende que ni el doctor Rey Bustamante ni el doctor Sologuren Calmet participaron en la designación del doctor Vega Velasco como árbitro, tal como se evidenciaría del Acta de Designación.

Incluso, en algunos votos singulares se hace referencia a este hecho de suma importancia. Así, en uno de ellos se afirma que «(...) se aprecia de fojas 63 de autos que la Resolución que designó al señor Vega Velasco como árbitro no fue suscrita por el vocal Rey Bustamante (...)», mientras que el segundo indica que «(...) no me queda claro cómo es que, en el caso específico, la mayoría encuentra vulnerado este derecho, si el miembro del Consejo Superior de Arbitraje, don Alonso Rey Bustamante, no intervino en la sesión en la cual se designó al árbitro Jorge Vega Velasco».

Sin embargo, llama la atención que la Sentencia omita analizar —como punto de partida— si los doctores Sologuren Calmet y Rey Bustamante participaron o no en la designación del árbitro.

En efecto, el Tribunal Constitucional obvia dicha premisa básica para cualquier análisis de fondo sobre la demanda de amparo y, en lugar de ello, se dedica extensamente a analizar si el señor Rey Bustamante tenía o no incompatibilidad para ejercer el cargo de vocal del Consejo Superior de Arbitraje.

En tal sentido, corresponde preguntarnos si resultaba relevante para el caso bajo análisis, que el doctor Rey Bustamante tuviese incompatibilidad o no para ejercer el cargo de vocal del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

La respuesta negativa resulta evidente a todas luces, en tanto dicho vocal no participó en la designación del árbitro, tal como se desprendería de varias piezas del expediente, que el Tribunal Constitucional —en mayoría— obvió de manera sorprendente.

Si bien IVESUR ha sostenido la existencia de una supuesta interferencia producida por el vocal Rey Bustamante en la designación del árbitro, ello no ha quedado acreditado. El hecho de que el doctor Rey Bustamante —abogado de Lidercon S.L.— formara parte del Consejo Superior de Arbitraje, no implicaba *per se* una interferencia en la designación en defecto que efectuó dicho Consejo, sobre todo cuando —lo reiteramos— el referido vocal no intervino en la designación del árbitro. Lamentablemente, este tema no fue advertido en la sentencia bajo comentario.

En tal sentido, dado que ni el doctor Sologuren Calmet ni el doctor Rey Bustamante intervinieron en la designación del árbitro, no habría vulneración a derecho alguno de IVESUR, por lo que la demanda de amparo debió ser desestimada.

Por otro lado, debemos hacer referencia al tema de la independencia e imparcialidad del árbitro, en tanto en el fundamento n.º 2 de la sentencia bajo comentario, se señala expresamente que «el caso exige la realización de un análisis vinculado con la independencia de las actuaciones del Consejo demandado (...) y la presunta falta de imparcialidad del árbitro designado en el ejercicio de sus facultades, que van desde la elección de la Presidenta del Tribunal Arbitral hasta la emisión del laudo (...)». Asimismo, en el fundamento n.º 8 se hace referencia a una «presunta *parcialidad* del árbitro».

El tema de la independencia e imparcialidad de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje, por la sencilla razón de que el arbitraje se basa en la confianza.

Roque Caivano¹⁹ expresa que los árbitros, en tanto ejercen una verdadera jurisdicción con la misma fuerza que los jueces ordinarios, deben reunir similares cualidades en orden a la imparcialidad e independencia de criterios frente a las partes. Los principios sobre los que deben actuar no surgen muchas veces de preceptos escritos, sino más bien constituyen un conjunto de reglas implícitas o sobreentendidas.

En el caso bajo análisis, resulta más que evidente que Ivesur nunca acreditó que el árbitro designado por el Consejo Superior de Arbitraje pudiera tener con las partes ningún tipo de relación personal, profesional o comercial, que implicara dudas justificadas acerca de su independencia e imparcialidad.

Lo sorprendente es que la Sentencia del Tribunal Constitucional, bajo comentario, nunca realizó —a pesar de haberlo anunciado en su fundamento n.º 2— análisis alguno sobre la presunta falta de imparcialidad del árbitro designado.

Por el contrario, la sentencia —en sus fundamentos n.ºs 11 al 23— desarrolló «la teoría de la apariencia de la imparcialidad». Sin embargo, dicho esfuerzo se centró únicamente en la relación personal, profesional o comercial de un vocal del Consejo Superior de Arbitraje que ni siquiera intervino en la designación del árbitro, en lugar de un análisis del actuar del árbitro en lo relativo a su imparcialidad e independencia.

Es decir, una vez más, el Tribunal Constitucional —en mayoría— equivocó la dirección a la cual debía dirigir su análisis.

¹⁹ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 172-173.

7. CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, algunas de las resoluciones analizadas entorpecen lo avanzado en la lucha por la autonomía del arbitraje y por la no interferencia de los tribunales ordinarios en el análisis de las cuestiones de fondo que hubiesen sido discutidas por las partes, a la par que juzgadas, valoradas o resueltas por los propios tribunales arbitrales.

En tal sentido, quisiéramos realizar una invocación para que el Tribunal Constitucional vuelva —lo más rápido posible— a la línea trazada correctamente en sentencias como las recaídas en los Expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC, n.º 1567-2006-PA/TC y n.º 04195-2006-AA/TC, en resguardo del debido proceso y del respeto que el arbitraje se merece, como fuero jurisdiccional contemplado expresamente por el artículo 139 de nuestra Constitución Política.

Lima, agosto del 2011

EL PROCESO DE ARBITRAJE EN EL PERÚ

Raúl Chanamé Orbe

Simón Alejandro Verástegui Gastelú

EL PROCESO DE ARBITRAJE EN EL PERÚ

*Raúl Chanamé Orbe**

*Simón Alejandro Verástegui Gastelú***

El artículo 138 de la Constitución Política del Perú establece que «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder *Judicial* a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes». Así también artículo 139, inciso 1) de la misma norma fundamental, indica como un principio a la par que un derecho ante la función jurisdiccional, «La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional», quedando claramente establecido que ‘No existe ni pue-

* Decano del Colegio de Abogados de Lima, Abogado y catedrático universitario. Posee los grados de bachiller, magíster y doctor en derecho y ciencia política por la UNMSM. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política. Posee Postgrado en Derechos Fundamentales por la Universidad Complutense de Madrid, en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y en Derecho Constitucional Comparado por la Universidad de Zaragoza, España. Diplomado en Políticas Públicas por la George Washington University, EE. UU. Es Profesor Principal en la Universidad de San Marcos, Instituto de Gobierno, Académica de la Magistratura y el CAEN. Es Presidente del Consejo Superior de Arbitraje. Es consultor de la Enciclopedia Jurídica Omeba de Argentina, investigador de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra de España. Ha publicado una docena de libros sobre su especialidad entre los que destaca su Diccionario Constitucional (siete ediciones) y su Constitución Comentada (cinco ediciones). Es director de la revista *Abogados*.

** Secretario General del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, Abogado y asistente de cátedra. Posee los grados de bachiller, y estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, así como de Filosofía en la mención de Epistemología por la UNMSM, Post-Título de Derecho Procesal Constitucional en la PUCP y Cursos de especialización en Arbitraje.

de establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral».

El arbitraje se entiende como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación internacional, postura que es compartida por el Tribunal Constitucional es las sentencias: STC n.º 6167-2005-PHC/TC y n.º STC 6167-2005- PHC/TC, entre otras.

Los conflictos entre individuos se han manifestado desde el principio de la historia de la humanidad. Stephen Robbins define esta situación social como: «Un proceso que se inicia cuando una parte percibe que otra la ha afectado de manera negativa o que está a punto de afectar de manera negativa, alguno de sus intereses».¹ Por su parte, Lewis A. Coser especifica que el conflicto social es una lucha por los valores y por el estatus, el poder y los recursos escasos, en el curso de la cual los oponentes desean neutralizar, dañar o eliminar a sus rivales. Un conflicto será social cuando trasciende lo individual y proceda de la propia estructura de la sociedad.²

La interpretación funcionalista del conflicto entendía que esta situación se caracterizaba por las conductas patológicas que la sociedad, en aras de su conservación, debía corregir. La respuesta a este enfoque provino de la crítica de la teoría del cambio social que planteaba otra forma de interpretar el conflicto, dejando de lado la visión negativa del concepto para situarlo en el rol dinámico de la transformación y cambio social.

¹ ROBBINS, Stephen P. *Comportamiento Organizacional, Conceptos, Controversias y Aplicaciones*. Cap. XIII, p. 461. Edit. Prentice Hall, 1994, 6.ª Ed.

² COSER, Lewis A. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956.

El desarrollo teórico contemporáneo ha ligado el análisis del conflicto en relación directa con la teoría de los juegos, de la confluencia de ambos se ha derivado delicada distinción entre juegos de suma cero (puro conflicto), juegos de suma positiva (pura cooperación), y juegos mixtos (de cooperación y conflicto). Estos últimos son los que abren el espacio a la negociación y la posterior solución al conflicto. Estos espacios de negociación supusieron la aparición y reconocimiento de mecanismos de solución que manifiestan su propia historicidad.

En un primer momento, el conflicto se manifestó en la posición del más fuerte, configurándose el mecanismo de la *autotutela*, caracterizado por el uso de la justicia con la propia mano, de esta manera, el individuo que se sentía conflictuado por otro estaba en todo su derecho de cobrar venganza por el agravio o perjuicio. Posteriormente, aparece la *autocomposición*, como forma de resolución de conflictos que se manifiesta como la sumisión o renuncia total o parcial de la parte agraviada por el quebrantamiento de la norma, sacrificando todo o parte de su derecho de manera mutua. Finalmente, surge con el desarrollo de la sociedad y el derecho la *heterocomposición*, que se caracteriza porque un tercero imparcial interviene imponiendo o sugiriendo la solución, correspondiendo a este tipo de resolución de conflictos a la jurisdicción y como formas alternativas la Mediación, la Conciliación, el Arbitraje.

El arbitraje por el *modus operando* para la solución del conflicto implica una solución coactiva e imparcial, como el proceso judicial administrado por un tercero designado con las formalidades legales por las partes. El árbitro o tribunal arbitral compone o resuelve el conflicto con o sin colaboración de los interesados, instituyendo el laudo arbitral que se caracteriza por su cualidad de cosa juzgada equiparable al de una sentencia judicial, así como de imperio vía actuación judicial ante el incumplimiento, por ello el arbitraje se aproxima a la actuación del proceso judicial porque son comunes, pero, se diferencia de ellos por su forma de constitución (elección del tercero por las partes y no por el aparato jurisdiccional), y muy especialmente porque los orga-

nismos institucionales están destinados específicamente a esa específica función. Otra semejanza con el proceso judicial es que comparte los principios constitucionales de la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso —garantía del derecho de defensa, independencia e imparcialidad del árbitro, resolución y cumplimiento de los laudos—.

La historia del surgimiento del arbitraje encuentra sus inicios en el Derecho Romano, sistema que acuerda confiar el arbitraje a hombres considerados rectos y buenos. La Ley de las 12 Tablas y el Derecho Pretoriano, contenían normas sobre arbitraje iniciando una etapa en la formación jurídica y orgánica del arbitraje, mediante regulaciones en las funciones del árbitro y sus responsabilidades, así como el carácter del laudo arbitral y diversos aspectos elementales sobre el compromiso. En la Edad Media el Arbitraje se convierte en una de las instituciones más recurridas por parte de la clase comercial, artesanal, quienes a través de los gremios y corporaciones van a profundizar y ampliar la práctica de esta forma heterocompositivo para la búsqueda de justicia, designando para tal efecto como árbitros a los Señores Feudales o al mismo Rey. En la etapa moderna y contemporánea, el arbitraje se ha convertido en una institución que ha roto las barreras del ejercicio privado y se ha ido ampliando su ejercicio en variados espacios de interrelación humana donde se configuran conflictos (contratos, familia, personas, seguros, salud, contrataciones con el Estado, etc.). Tanto que ha merecido el reconocimiento constitucional como es en nuestro caso.

El arbitraje ha suscitado debates intensos para determinar su naturaleza jurídica. Tres son las corrientes que proponen interpretaciones sobre esta cuestión. La primera de ellas es la teoría privatista o contractualista que equipara al arbitraje a un contrato privado, como una manifestación de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas. La falta de imperio, de los laudos arbitrales, y la no pertenencia de los árbitros al sistema judicial estatal llevan a considerar a esta corriente como instituto privado. La segunda corriente corresponde a la jurisdiccional o procesalista, que se

fundamenta en el carácter jurisdiccional de esta institución, equipara la función del árbitro con la capacidad decisoria del juez, asimilando al laudo con la sentencia, características que señalan el carácter público del arbitraje. La tercera es la teoría mixta, para los adscritos a esta corriente, el arbitraje es en su origen un negocio de derecho privado, como creación de la voluntad de los particulares, pero procesal por las sujeciones y las limitaciones a que esta voluntad es sometida, ante el auxilio del Poder Judicial por la carencia de coercibilidad, cuando de ejecución forzosa se trata.

En nuestra opinión, la función jurisdiccional se da no sólo por la jerarquía de la norma constitucional que le da este reconocimiento (artículo 138 y 139 de la Constitución Política del Perú), sino porque los árbitros, al resolver el conflicto, declaran el derecho que asiste a la parte cuyas pretensiones amparan, y porque el laudo constituye un acto jurisdiccional. Ésta es una posición adoptada mayoritariamente por quienes han estudiado la naturaleza jurídica del arbitraje. En este sentido, la resolución del Tribunal Constitucional del 28 de febrero de 2006 (Expediente n.º 6167-2005) reconoce plenamente la independencia jurisdiccional del arbitraje al señalar: «Este tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral sobre materias de carácter disponible, con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad administrativa o judicial ordinaria».

El arbitraje puede clasificarse atendiendo a su origen, por los principios que guían la actuación de los árbitros, según la forma de funcionamiento del proceso, por el ámbito territorial de aplicación, etc.

Según su origen el arbitraje se clasifica en arbitraje voluntario y arbitraje forzoso o legal. En cuanto al primero, éste es aquél escogido de forma autónoma por las partes que se lleva a cabo por la suscripción espontánea de un pacto arbitral en cualquier época, incluyendo una vez suscitada la diferencia para poder resolver conflictos presentes o futuros,

que se puede decir es el más utilizado. En cuanto al arbitraje forzoso o legal, éste tiene carácter obligatorio originándose en la misma ley, ya que el compromiso arbitral es exigible en virtud de una disposición de la ley o de un convenio anterior.

Según los principios en que se basaran los árbitros para tomar sus decisiones, el arbitraje puede ser de derecho, de conciencia y técnicos. Es de derecho cuando la decisión de los árbitros se toma de conformidad con las leyes vigentes. En general, el árbitro o tribunal arbitral en este modo de arbitrajes se conforma por profesionales abogados. Es de conciencia cuando la decisión es la que el árbitro o tribunal arbitral considera más justa, según su leal saber y entender.

Por su parte, el arbitraje técnico, se basa en aquellos conocimientos especiales sobre determinada ciencia, arte o profesión, que deben ser aplicados para dar un fundamento suficiente que resuelva el conflicto que sea de índole técnico, de este modo los árbitros no están sujetos al derecho sustantivo por el simple hecho de que se requiere sus conocimientos técnicos. La forma en que se lauda es libre y se somete a los usos y costumbres de cada oficio, arte o profesión. De estas tres formas de arbitraje, las dos primeras han sido consideradas por nuestra legislación, mientras que el arbitraje técnico no. Usualmente, para la aplicación de conocimientos especiales de una materia específica, se opta por recurrir al peritaje.

También se puede clasificar al arbitraje por la forma de funcionamiento del proceso, pudiendo éste ser arbitraje independiente (ad-hoc), o constituirse el arbitraje institucional. El primero es aquél en el cual las partes deciden y acuerdan con plena libertad todas las reglas de procedimiento. La libertad que tienen las partes para determinar las reglas procedimentales va desde la forma de integración y nombramiento de árbitros, la forma y contenido de la demanda arbitral, la forma de notificar, la procedencia o improcedencia de recursos contra un laudo arbitral, etc. Mientras que el arbitraje institucional, es aquél en el cual

una organización se encarga de administrar mediante su propio reglamento los procesos arbitrales encomendados. Éstos son denominados generalmente centros o instituciones de arbitraje, que sugieren el procedimiento arbitral, y que también proponen a los interesados una lista de árbitros preseleccionados y regulan los honorarios correspondientes, esta forma de arbitraje busca dotar a los usuarios de las mayores garantías de imparcialidad, celeridad y profesionalidad en la atención del proceso, en razón de incrementar la seguridad jurídica.

Finalmente, el arbitraje puede clasificarse por el ámbito territorial. El arbitraje, pudiendo tratarse de arbitraje nacional o arbitraje internacional. El primero se desarrolla dentro de un país, generalmente, bajo la ley nacional de arbitraje, para resolver conflictos sobre derechos y obligaciones que producen efectos jurídicos en territorio nacional. Mientras que el arbitraje internacional, es aquél que se rige con el Derecho Internacional y produce efectos jurídicos en diferentes Estados.

Esta forma jurisdiccional de resolución de conflictos o controversias resulta ventajosa para las personas que recurren a ella por las siguientes características: celeridad en la solución del caso en forma definitiva que va desde los dos a seis meses en la mayoría de los casos; economía como consecuencia de la rapidez del proceso, por ser única instancia y ausencia de tasas judiciales; especialización de los árbitros en las nuevas áreas que las tecnologías, propiedad industrial, construcción, seguros, sociedades, franquicias, contratos estatales, etc. Que llevan a la mejor solución de la controversia; confidencialidad en el proceso que aminoran los riesgos para las personas naturales o jurídicas que solicitan el arbitraje; intermediación que conlleva a un mayor diálogo y deliberación entre las partes para la mejor solución al conflicto; resolución integral y cosa juzgada, ya que los laudos, por emanar de una institución jurisdiccional, tendrán la misma fortaleza de una sentencia judicial. Esto permitirá que la institución arbitral sea una garantía firme para la resolución de conflictos.

El concurso arbitral en el sistema de justicia del Perú tiene reconocimiento constitucional (artículos 138, 139, 62, 63 de la CPP) con carácter jurisdiccional. Si bien nació en el ámbito comercial como respuesta a la necesidad de encontrar un método rápido, económico, especializado y alternativo al Poder Judicial su influencia va extendiéndose a los demás ámbitos de la vida económica de la sociedad, tales como controversias civiles, laborales, inversiones, contratos del Estado, ambientales, entre otros.

En el Perú su desarrollo es progresivo a partir de la Ley n.º 26572 del año 1996 y la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071 publicada el 28 de junio de 2008, vigente a partir del 1 de septiembre de 2008, legislación moderna que toma como base la Ley Modelo de UNCITRAL.

Las últimas investigaciones sobre el arbitraje en el Perú³ señalan que las materias más arbitradas en los Centros de Arbitrajes del Perú están referidas al ámbito comercial (91.66%) y a la contratación con el Estado (33.33%), otras en menor medida son las relacionadas con la inversión privada (16.66%). En cuanto a la duración del proceso arbitral ésta se resuelve entre 2 a 9 meses. Asimismo, es de resaltar que la mayor parte de procesos sometidos al arbitraje concluyeron con laudos que bordean el 98%.

Estas cifras alentadoras, sin embargo, deben ser leídas también con las dificultades para el desarrollo e institucionalización del arbitraje en el Perú, radicando las limitaciones en la falta de difusión, la conducta dilatoria de las partes, los costos arbitrales, la escasa especialización por parte de los operadores del derecho, y la falta de institucionalización de las entidades y centros de arbitraje, y la cobertura insuficiente de las mismas hacen que el avance alcanzado no logre la consolidación aún de este mecanismo heterónimo de resolución de conflictos.

³ Investigación sobre el desarrollo y difusión del arbitraje en el Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

El avance sustantivo de la práctica del arbitraje debe de ir de la mano con el desarrollo teórico conceptual sobre sus principales contenidos, en lo que sigue planteamos algunos temas-contenidos de esta institución a modo de aproximaciones para que las partes, los operadores y las instituciones involucradas tengan las herramientas básicas para afrontar el proceso arbitral.

PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE

Aspectos comunes con el proceso judicial común

PRINCIPIOS

Principio de audiencia bilateral

Como garantía del debido proceso, ambas partes tienen el derecho de ser oídas por el árbitro o tribunal arbitral, de manera que no puede existir ningún tipo de ventaja de alguna de las partes en el proceso.

Principio de inmediación

Ambas partes en el ejercicio del derecho de defensa tienen el derecho de participar sus medios de defensa y alegatos en presencia física de árbitro o tribunal arbitral.

Por esta razón, toda actuación realizada judicial o administrativa debe ser notificada para que, de esta manera, se cumpla con el principio de la publicidad interna dentro del proceso, para que no existan decisiones que sean ignoradas por alguna de las partes y conocidas por otras. Siendo notificadas las decisiones a las partes, se abre campo para que aquella parte a la cual le fuere desfavorable la providencia, pueda recurrirla dentro del término legal, de esta manera, se tiene en cuenta, en todo caso, que la otra parte tiene también la

oportunidad de pronunciarse en pro de la providencia que le favorece, si a bien lo tiene.⁴

Principio de contradicción

Es un derecho correlato del derecho de defensa y presunción de inocencia, por medio del cual las partes están possibilitadas de cuestionar y contradecir los argumentos vertidos en su contra.

Principio de igualdad

Ambas partes tienen el derecho de ser tratadas en condiciones de igualdad, ello se desprende de las garantías que ofrece la tutela jurisdiccional efectiva consagrada en nuestra constitución, específicamente del derecho de defensa, ambas partes deben ser tratadas idénticamente ante situaciones iguales. Este principio es fundamental en el derecho, lo que significa que quienes a él concurren de manera voluntaria o por haber sido citados en forma oficiosa, deben tener las mismas oportunidades procesales para la realización plena de sus garantías a la bilateralidad de la audiencia.⁵

Principio de oportunidad

Las partes por propia voluntad recurren a la vía arbitral para la solución de sus conflictos quedando exceptuado los supuestos de arbitraje forzoso.

⁴ El principio de intermediación en el proceso por audiencias: mecanismos legales para garantizar su efectividad. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-690-08.htm>.

⁵ El principio de intermediación en el proceso por audiencias: mecanismos legales para garantizar su efectividad. En <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-690-08.htm>.

Principio de temporalidad

El arbitraje se encuentra sometido a un plazo temporal, es decir tienen un inicio y un final.

Principio de dualidad de posiciones

Es decir, es relacional, en tanto se requiere la configuración de las partes, donde la característica definitoria es la asunción de roles contrapuestos o en conflicto. El principio de dualidad de posiciones también informa tanto de los acuerdos como de los desacuerdos, siendo que los acuerdos fundan, con el sometimiento a la jurisdicción arbitral, la solución de los desacuerdos. En realidad, el principio de dualidad de posiciones es un concepto neutro, que lo único que nos informa es que para la existencia de acuerdos o desacuerdos deben existir, a su vez, al menos dos partes que estén de acuerdo o en desacuerdo. Y en el arbitraje, el principio se manifiesta en ambos: en los acuerdos entre dos partes que deciden contratar un arbitraje para resolver desacuerdos presentes o futuros, y en los desacuerdos que se resolverán concretamente en un proceso arbitral.

Principio de buena fe

Se presume la buena fe de las partes que se traduce en la colaboración en el desarrollo del proceso. Es por ello que las partes tienen fe en la institución arbitral, creen en ella y, por tanto, la desean como medio idóneo para la solución de una controversia determinada o futura por determinar, que primero contratan un arbitraje; y, segundo, llegado el caso, se someten voluntariamente al proceso arbitral.

Principio dispositivo

En todo el *iter* del arbitraje las partes participan a través de su disposición, desde la iniciación de la demanda que inicia la actividad arbitral hasta la finalización del proceso. En todo momento, las partes pueden

disponer poner fin al proceso si es que así lo acuerdan. Las partes dentro de este mismo marco pueden determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones.

Principio de impulso oficial

Los árbitros pueden impulsar *ex officio* las actuaciones arbitrales, una vez admitida la demanda, el órgano encargado de la administración del proceso arbitral puede tomar las medidas necesarias para el proceso; activar la tramitación propia del proceso, evitar las lagunas procesales, etc.

Principio de aportación de parte

Las partes son las que van a definir los temas que deben ser sometidos al conocimiento del órgano arbitral, son los responsables de las pretensiones y de las pruebas que aporten al caso.

Principio de preclusión

El arbitraje, como medio de solución rápida, exige que los plazos para las actuaciones procesales se cumplan con rigurosidad para no alargar el proceso. En relación a esto, los tiempos especificados en las normas arbitrales preexistentes, señalan que una vez agotado un período, éste no puede volverse a invocar, es decir, precluyen generando no sólo la celeridad del proceso, sino también representa una garantía para las partes de que el conflicto llegará a solución en un tiempo prudente, evitando las dilaciones.

Principio de congruencia

Se encuentra en relación directa con el principio dispositivo, en tanto a la pretensión de las partes, el órgano debe responder de manera correspondiente, sin sobrepasar o restringir lo peticionado.

Principio de dirección procesal

El árbitro o tribunal arbitral, según sea el caso, tiene potestades reconocidas por la LGA para la admisión de la demanda, pertinencia de los medios de prueba, pronunciarse sobre su competencia, la forma de realización de las audiencias, determinar las reglas del proceso, etc.

Principio de valoración de la prueba

Este principio también está contenido en el derecho del debido proceso que todo ciudadano tiene. En este sentido, la valoración del árbitro o tribunal arbitral está guiado por la libre valoración, sin embargo, ésta debe contener el razonamiento lógico, reglas de la experiencia, etc.

Principio de *non liquet*

Este principio está relacionado con el principio de congruencia, la solución de las controversias tiene como límite el ámbito objetivo del convenio arbitral.

GARANTÍAS PROCESALES

Garantías genéricas

Debido proceso. Incluye el derecho a probar, a no ser discriminado, asimismo, a la garantía a la imparcialidad e independencia del árbitro o tribunal arbitral, contando para ello las partes con los mecanismos de abstención y recusación de los mismos.

Derecho a la tutela jurisdiccional. Las partes tienen derecho a obtener una resolución de fondo sobre su controversia, derecho a plantear los recursos legales previstos en el marco legal (LA), así como a obtener la ejecución de los laudos arbitrales.

Derecho a la defensa. Todas las actuaciones procesales en el arbitraje deben garantizar que las partes conozcan su situación, contradigan las imputaciones, y actúen medios de defensa.

Garantías específicas

Dentro de las garantías específicas mencionaremos las más resaltantes del proceso arbitral, siendo ellas: igualdad procesal; libertad; motivación escrita en las resoluciones judiciales; control posterior por parte de la jurisdicción común; revivir procesos fenecidos; información inmediata de los actos procesales.

MATERIAS SOMETIDAS AL ARBITRAJE

Se desprende de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, que son arbitrables todas las materias de libre disposición, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

El arbitraje requiere de la jurisdicción judicial para lograr la eficacia de sus laudos. En ese acercamiento, la jurisdicción va asumiendo diversos roles, por ejemplo, de orden, para la designación de árbitros; de auxilio, para el acopio de los medios probatorios; de aseguramiento con las medidas cautelares; de ejecución ante la resistencia a acatar los laudos; y de supervisión con la impugnación de laudos.⁶

¿Cuál es la materia arbitrable?

Existen diversos criterios para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje: el criterio de libre disposición conforme a derecho y el criterio patrimonial. Otro criterio está dado por el criterio positivo y el criterio negativo. El primero permite a las partes someter a arbitraje

⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. «Arbitraje y Poder Judicial». En <http://orbisinformatica.com/minjus3/documentos/PublicacionesArbitraje y PoderJudicial.pdf>.

las controversias habilitadas por la ley, derechos de los que las partes pueden disponer libremente. El criterio negativo radica en la exclusión de ciertos derechos por parte de la norma como hábiles para ser abordados por el arbitraje.

El Decreto Legislativo n.º 1071 acoge el criterio de libre disponibilidad, cuando señala en el artículo 2:

Materias susceptibles de arbitraje

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

Para algunos autores la nueva Ley de Arbitraje resulta un salto significativo sobre el tema. De esta manera se sugiere: «La nueva Ley de Arbitraje ha dado el ‘gran salto adelante’, pues, en principio no reconoce ninguna ‘materia’ que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente)».⁷

EL CONVENIO ARBITRAL

La Ley de Arbitraje (LA) —artículo 13— define al convenio arbitral como un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. El convenio deberá constar por escrito. Los tipos de formalización del convenio arbitral carece de una concepción modal unívoca como bien señala Matheus López quien hace una sistematización sobre las modalidades posibles, que describimos a continuación: 1. *Convenio arbitral adhesivo*: es aquél que viene formalizado

⁷ CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. «Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?». *Revista Actualidad Jurídica* n.º 177, p. 35.

como cláusula general de contratación o no-incorporada a un contrato de adhesión, regulada por el artículo 15, inciso 1 de la Ley de Arbitraje; 2. *Convenio arbitral unidocumental*: es aquél formalizado en un único documento contractual, sea como un acuerdo independiente o como cláusula incorporada a un contrato principal, recogido en el primer párrafo del artículo 13, inciso 2, de la referida Ley; 3. *Convenio arbitral por referencia*: es aquél que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporado al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo, recogiendo esta modalidad en el primer párrafo del artículo 13, inciso 6, de la Ley de Arbitraje.⁸

La figura tradicional del arbitraje o del convenio arbitral, como explica Mario Castillo Freyre implica que éste sea pactado voluntariamente por las partes, ya que la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral.

En efecto, el ingreso a la jurisdicción arbitral requiere de la aceptación expresa de las partes. Ellos no implican que el convenio arbitral contenga todos los aspectos que regirán el arbitraje, puesto que, en defecto de mayor detalle, se aplicarán las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje. En ese sentido, una cláusula arbitral simple que contenga el acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje, bastará para habilitar la vía arbitral, porque las partes así lo han querido.

RÉGIMEN IMPUGNATORIO

El arbitraje es, según menciona la Constitución Política del Perú, una jurisdicción especial, por tanto tiene independencia, con la limitación de la observancia de los principios constitucionales, asimismo, sujeta al control judicial posterior. Por ello, el arbitraje debe garantizar el cumplimiento de los derechos principios generales y particulares del debido

⁸ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Comentarios al Decreto Legislativo que norma el arbitraje». Revista *Actualidad Jurídica* n.º 177, p. 39.

proceso y de la pluralidad de instancias. La Ley de Arbitraje menciona a la impugnación y a la acción de nulidad como expresiones de este control jurisdiccional.

Por la impugnación, la(s) parte(s) puede(n) cuestionar y pedir su revocación de las resoluciones emitidas en el proceso arbitral, tanto dentro como fuera de ella. Las mismas que se encuentran sintetizadas en el siguiente cuadro:

RÉGIMEN IMPUGNATORIO EN EL ARBITRAJE

MECANISMOS REGULARES	MECANISMOS ORDINARIOS JUDICIALES	MECANISMOS EXTRAORDINARIOS JUDICIALES	MECANISMOS EXTRAORDINARIOS CONSTITUCIONALES
En el mismo proceso Arbitral	Ante la Sala Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior del lugar del arbitraje.	Ante la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial.	Ante el Poder Judicial como instancia previa; ante el Tribunal Constitucional en último grado.
		Revisión de errores <i>indicando</i> o <i>in procedendo</i> en las instancias inferiores.	No es en estricto una impugnación. Se cuestiona la regularidad del proceso arbitral o del proceso de anulación del laudo o la violación de derechos fundamentales.

Fuente: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Innovaciones al régimen impugnatorio del arbitraje introducidas por el Decreto Legislativo n.º 1071». En *La Nueva Ley de Arbitraje. Decreto Legislativo n.º 1071*, p. 44.

LOS ÁRBITROS

La designación de los árbitros será por acuerdos de las partes; cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre los árbitros, éstos serán designados por el Consejo Superior de Arbitraje.

Para esta designación el Consejo tendrá en cuenta la naturaleza de la controversia, su complejidad y la especialidad requerida.

Los árbitros están en todo momento sujetos a un comportamiento acorde con la ética. El(los) árbitro(s):

- 1) Deberá ser y permanecer imparcial e independiente durante el proceso arbitral.
- 2) Deberá informar y revelar a la parte que lo designa al Secretario Arbitral y por su intermedio a los demás árbitros que hayan sido nombrados y a la otra parte, todas las circunstancias que puedan generar dudas acerca de su imparcialidad e independencia. Las partes podrán dispensar estas circunstancias, salvo que en base a la ley, sean de orden público.
- 3) Deberá cumplir con los requisitos dispuestos en el artículo 32 del Reglamento. Necesariamente, se deberá adjuntar al Centro con la aceptación de la designación, el formato de Declaración Jurada de Árbitros, manifestando no estar incurso en causal alguna de impedimento o incompatibilidad, y el conocimiento de la Ley y el Reglamento Arbitral.

REQUISITOS DE LOS ÁRBITROS

Los requisitos para aceptar el cargo de árbitro en los procesos arbitrales seguidos ante el Centro, son aquéllos establecidos en la Ley, el presente Reglamento y el acuerdo de las partes, de ser el caso:

En especial se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) Ser mayor de treinta (30) años.
- 2) Encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles.
- 3) Si se trata de árbitro de derecho, tener el título de abogado, y una antigüedad de no menos de seis (6) años en el ejercicio de la profesión.
- 4) Declaración Jurada de no tener antecedentes penales ni judiciales.
- 5) No tener incompatibilidad para actuar como árbitro, de conformidad con el artículo 21 de la Ley, o cualquier otra disposición legal sobre la materia.
- 6) Declaración Jurada de no tener impedimento vigente para actuar como árbitro.
- 7) Tener la disponibilidad para dedicar el tiempo suficiente y desarrollar el arbitraje eficientemente.
- 8) No haber actuado como conciliador, mediador u otro equivalente en el mismo caso.
- 9) Gozar de reconocida solvencia moral, profesional y ética.⁹

EJECUCIÓN DEL LAUDO

El laudo es la solución formal y definitiva del conflicto de intereses por la vía privada y la liquidación de los poderes jurisdiccionales de los árbitros. En otras palabras, el punto culminante de la contraprestación que reciben las partes que contratan a los árbitros para que les hagan justicia.

⁹ Reglamentos Arbitrales del CEAR CAL, Título II del Proceso Arbitral, Capítulo IV, pp. 42-43.

La Ley de Arbitraje señala que el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, en tanto sea a solicitud de parte y siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. Asimismo, la parte puede solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente. Como vemos, la ejecución de los laudos técnicamente detenta un carácter judicial, es decir, el imperio del laudo viene dado por la actuación del órgano jurisdiccional común, la autoridad judicial.

La Ley de Arbitraje ha contemplado una forma más eficiente de ejecución de los laudos, ya que ella no se deja inexorablemente relegada a la actividad judicial, la misma que implica en la práctica, el inicio de un nuevo proceso, esta vez de ejecución, con las dilaciones y complejidades propias del sistema judicial. Sin embargo, la ejecución de los laudos por los propios tribunales arbitrales sucede porque las partes les han confiado tal ejecución y porque, para el caso concreto, no requieren del auxilio de la fuerza pública.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley n.º 26572 de la Ley General de Arbitraje, el laudo debe contener seis requisitos que se establecen con toda precisión.

EL LAUDO DEBE CONTENER:

1. Lugar y fecha de expedición;
2. Nombre de las partes y de los árbitros;
3. La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes;
4. Valoración de las pruebas en que se sustente la decisión;
5. Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas; y
6. La decisión.

Luego de haber analizado los seis requisitos que debe contener todo laudo arbitral, y de haber demostrado que el laudo, materia de nuestro estudio, los contenía, debemos concluir en que el mismo, indudablemente, tenía la naturaleza jurídica de laudo, esto, sin mencionar que el propio tribunal así lo consideró al llamarlo laudo, como lo hizo en diversos extremos del mismo, incluso, titulándolo *laudo arbitral de derecho*.¹⁰

Un requisito fundamental de todo laudo es la decisión. Sin decisión no hay laudo, por más de que se hayan observado todos los demás requisitos. La decisión es la esencia del laudo. Es la parte resolutive. Nada más podemos decir sobre la decisión, a no ser que ésta, además de poner fin a la controversia dándole solución, debe pronunciarse sobre el costo del arbitraje y quién o quiénes deben asumirlo, según lo manda la Ley.

LA ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL

En el arbitraje la última palabra sobre la validez o la nulidad del laudo la tiene el Poder Judicial, al que las partes del proceso arbitral recurren a través del recurso de anulación.

La anulación permite la posibilidad de anular el laudo, es decir, dejarlo sin validez, no escapa a nadie que esta anulación se produce, de ser el caso, fuera del proceso arbitral para resolverse en el dominio de lo público, en los procesos ordinarios del Poder Judicial. Esto significa que en los hechos no existe una nueva instancia arbitral a la que se pueda recurrir para, dentro de ese mismo proceso, impugnar un laudo, anulándolo.

¹⁰ ROSAS BERASTAIN, Verónica. «¿Un laudo inhibitorio?». *Arbitraje y Debido Proceso*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores. Lima, 2006, vol. 2, pp. 329-353.

Por lo tanto, el recurso de anulación del laudo del arbitraje no es un instrumento propio del proceso arbitral, sino otro proceso totalmente distinto propio de los juicios ordinarios. Así pues, a través de este proceso, los jueces pueden anular o validar las decisiones que los llamados árbitros habían tomado con relación a derechos y obligaciones de las partes.

CAUSAS POR LAS QUE SE PROCEDE A LA ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

La nueva Ley de Arbitraje regula con mayor precisión los presupuestos o causales —taxativamente normados— a través de los cuales es posible recurrir al Poder Judicial a efectos de solicitar la anulación de un laudo arbitral.

El reciente Decreto Legislativo n.º 1071 señala que si el laudo se anula por la causal contenida en su artículo 63, numeral 1, inciso g) (la controversia ha sido decidida fuera del plazo) puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones dirima la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia (así lo dispone expresamente el inciso f), numeral 1, del artículo 65 de la nueva ley).¹¹

FORMAS DE ARBITRAJE

La Ley de Arbitraje en el artículo 7 señala que el arbitraje puede ser ad-hoc o institucional según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral. Asimismo, menciona que en caso de falta de designación de una insti-

¹¹ CASTILLO FREYRE, Mario. *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. FERRERO COSTA, Raúl. *Anulación del Laudo Arbitral*, p. 588.

tución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad-hoc. Lo mismo se señala cuando se trata de convenios arbitrales patológicos (cuando exista designación, es necesario el tratamiento de cada una de estas formas).

EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE AD-HOC

El arbitraje institucional es un tipo de arbitraje que tiene su rasgo distintivo en la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia, en el desarrollo del arbitraje. Sus características son: las partes acuerdan en el convenio arbitral la participación de dicha institución con el ánimo de facilitar las actuaciones propias y de los árbitros a lo largo del proceso, principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladoras de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que ésta proporciona.

De esta manera, «El arbitraje institucional supone que las partes, previo convenio arbitral, acuerden que sea una institución de las que en sus estatutos o normas reguladoras se previene la realización de funciones arbitrales, que resuelva las cuestiones litigiosas (...) bien encomendándole sólo la administración del arbitraje y reservándose a sí misma el nombramiento de los árbitros, bien encomendándole tanto la gestión del arbitraje, como la elección de los árbitros a la institución que designen».¹²

El arbitraje institucional es aquél que es administrado por una institución como las cámaras de comercio, colegios de abogados, etc. El grado de injerencia de la institución en el desarrollo del arbitraje y el laudo, dependerá de lo que el reglamento haya establecido.

Los asuntos procesales se resuelven sin recurrir a cortes nacionales.

¹² LORCA NAVARRETE, Antonio y Silguero ESTAGNAN. *Derecho de Arbitraje español*. Citado por DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. «Arbitraje institucional o arbitraje Ad-Hoc ¿he ahí el dilema?». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2005, n.º 1, pp. 131-263.

Normalmente todos los problemas procedimentales son resueltos internamente por la institución arbitral.

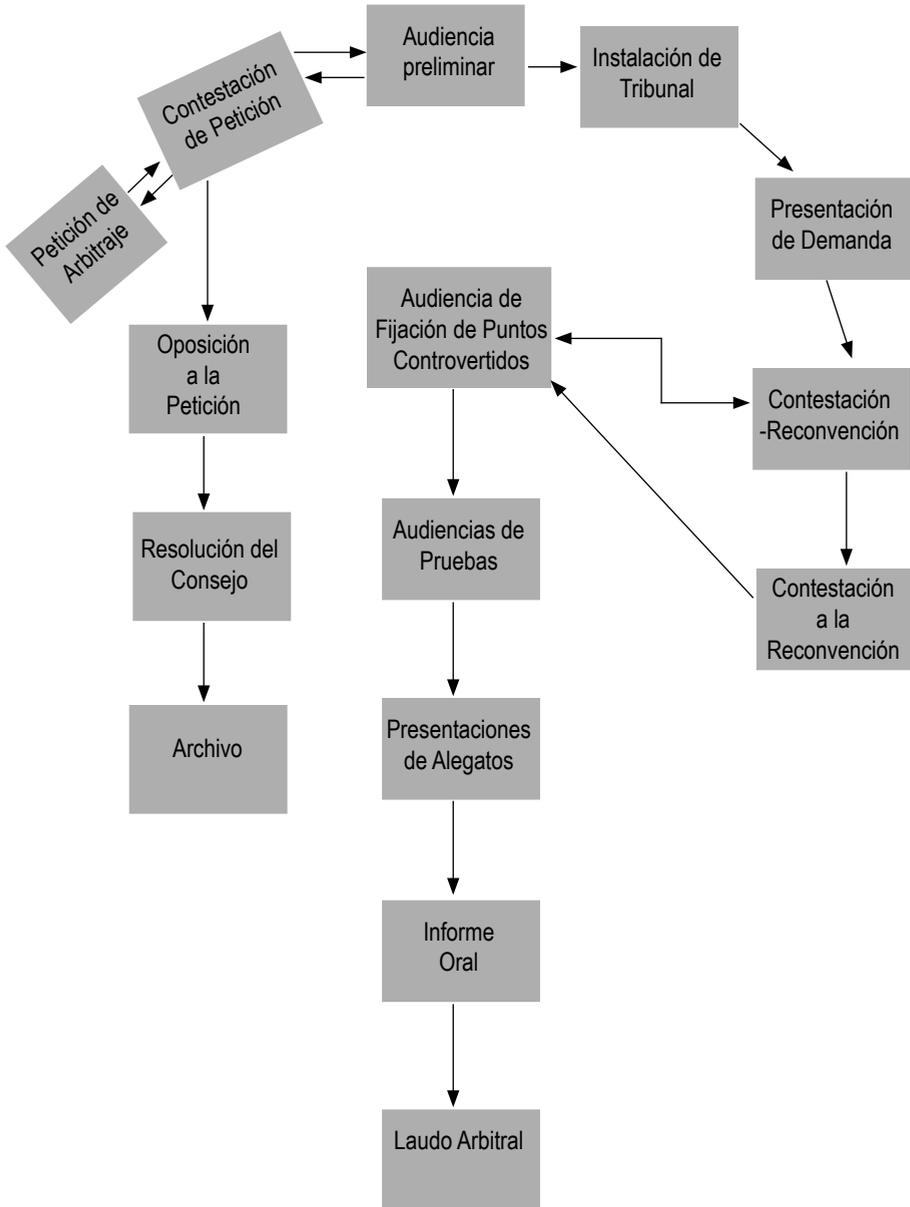
El arbitraje institucional dota a una entidad privada de facultades de orientaciones, divulgación, explicación y práctica del procedimiento arbitral. La institución cuenta con un reglamento al cual las partes se someten de antemano.

El arbitraje ad-hoc, al no contar con un marco organizacional y normativo de gestión y administración, supone que las partes deban de definir las reglas procesales para efectivizar la actividad arbitral. Estas limitaciones, sin embargo, deben ser analizadas con las ventajas que otorgan a las partes este tipo de arbitraje que, según Feldtein, señala: «La principal ventaja del arbitraje ad-hoc o libre consiste en su facilidad de adaptación a los deseos de las partes como a las características especiales de cada conflicto. Sin embargo, no puede olvidarse que para maximizar este beneficio, resulta imprescindible contar con la cooperación entre las partes como la de sus asesores. De modo que, acordadas las reglas como lograda la instalación del tribunal arbitral, este tipo de arbitraje puede alcanzar la fluidez adecuada, constituyéndose en una suerte de traje a medida para quienes lo eligen. Pero, si desciende el nivel de cooperación entre las partes, simétricamente tiende a disminuir, a disiparse sus virtudes».¹³ De este modo se puede decir que el arbitraje ad-hoc ofrece a las partes flexibilidad para la elección de los árbitros; asimismo, amplia libertad para establecer las reglas del proceso; y, adicionalmente, un menor costo económico.

¹³ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. «Los beneficios del arbitraje comercial internacional». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje*. www.servilex.com.pe/arbitraje. Citado por: DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. «Arbitraje institucional o arbitraje Ad-Hoc ¿he ahí el dilema?». En *Revista Peruana de Arbitraje* n.º 1, 2005, pp. 131-263.

	CENTRO DE ARBITRAJE CAL	ARBITRAJE AD-HOC
Reglas	Los reglamentos y procedimientos son de conocimiento público y las partes los pactan y conocen con anterioridad.	Las reglas se conocen recién cuando el tribunal arbitral se instala, lo que genera incertidumbre y riesgos mayores.
Costos	Las tablas de costos administrativos y honorarios de los árbitros, los plazos y modos de pago se encuentran contenidos en el Reglamento Arbitral/tasa de aranceles del CEAR CAL. Lo que otorga seguridad y confianza de las partes.	La característica de esta forma de arbitraje radica en la discrecionalidad de los árbitros para el pago de los costos, ya que no existe un tarifario establecido.
Soporte Administrativo	El CEAR CAL cuenta con un registro de árbitros de reconocida trayectoria en arbitraje, con especializaciones en las áreas de mayor demanda arbitral, esto permite a las partes que puedan llevar de forma idónea su elección.	Carece de una estructura técnico administrativo.
Autonomía	Existe un marco organizacional de decisión ante desavenencias que se puedan generar en la relación con el (los) árbitro(s). Las partes pueden encontrar en el CEAR CAL y sus instancias pronta solución a los incidentes producto de la acción arbitral.	La carencia de una estructura administrativa genera que las partes tengan que recurrir al impulso de una autoridad exterior, lo que genera dilaciones y retrasos en las actuaciones.
Supervisión	La propia institución regula la forma de ejercicio del arbitraje y cualquier vulneración al reglamento es castigado por el propio CEAR CAL.	Existe carencia de supervisión. Por lo cual aumenta el riesgo en el aseguramiento del debido procedimiento.

ETAPAS DEL PROCESO ARBITRAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE

Aquí podemos ver las variantes que ha tenido el arbitraje en las sentencias del máximo intérprete de la Constitución:

- Amparo promovido por Pesquera Rodga S.A. contra los miembros de un Tribunal Arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO PERÚ) (STC n.º 189-1999-AA/TC).

Se estableció: «la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un tribunal arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar (...) no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral (...)». (Fundamento n.º 3).

Asimismo, si el proceso (sea éste judicial o arbitral) devenía en irregular, quedaba habilitado el control constitucional.

- STC n.º 6167-2005-PHC/TC.

Se sentaron los siguientes criterios:

- a) El control judicial es siempre *a posteriori* y se ejerce a través de los recursos de apelación y anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitraje (n.º 26572);
- b) El control constitucional se sujeta a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, precisándose que tratándose de materias de competencia del fuero arbitral, de conformidad con el artículo

5, numeral 4, del citado Código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas; en ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.

- c) El control constitucional jurisdiccional se desenvuelve *a posteriori*, cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, que los vinculan en atención a los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.
- STC n.º 4972-2006-PA/TC.
- a) El control constitucional de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral procede cuando ésta vulnera o amenaza cualquiera de los aspectos que formal o materialmente integran la llamada tutela procesal efectiva, y siempre que se haya agotado la vía previa.
 - b) El control constitucional procede cuando la jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsiva o unilateralmente.
 - c) El control constitucional opera cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen carácter indisponible (derechos fundamentales, temas penales, etc.).
- STC n.º 4195-2006-PA/TC.

- a) El amparo no procederá cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo, por lo que en tales supuestos habrá que esperar la culminación del proceso arbitral.
 - b) Deberá agotarse la vía previa tras haber culminado el proceso arbitral, siempre y cuando sean pertinentes los recursos de apelación o anulación.
 - c) El amparo no procede cuando se cuestione las interpretaciones del tribunal arbitral respecto a normas legales, a menos que de tales interpretaciones se desprenda una vulneración manifiesta a la tutela procesal efectiva o al debido proceso.
 - d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje son de exclusiva competencia de la jurisdicción arbitral, a menos que en ello se advierta una manifiesta arbitrariedad, que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.
 - e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.
- STC n.º 00142-2011-PA/TC.

Establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:

Improcedencia del amparo arbitral

- a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.
- b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales, aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.
- c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65 e inciso 1 del artículo 73 de la Ley n.º 26572, respectivamente.
- d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el arbitraje, artículo 63 [incisos «e» y «f»]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65 [inciso 1] y 73 [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegando-

se el mencionado motivo (artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).

- e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral, vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté

comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

ALIAGA GREZ, Álvaro. *Los recursos procesales en el juicio arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985.

ALVA CANALES, Armando. *Cómo resolver conflictos laborales: conciliación, arbitraje, extraproceso y otras formas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

ALVARADO VELLOSO, A. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982.

ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. *El arbitraje ad-hoc en las contrataciones del Estado*. Lima: Pacífico Editores, 2010.

ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. *El arbitraje*. Lima: Marketing Consultores, 2003.

ARANGIO RUIZ, V. *Historia del Derecho Romano*. Traducción a la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaecker e Ibáñez. Madrid: Reus, 1980, 4.^a Ed.

BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2006.

BENETTI SALGAR, Julio J. «El Arbitraje en el derecho interno colombiano». En *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y español*. Lima: Cultural Cuzco, 1989.

BETTI, Emilio. *Diritto Romano I. Parte General*. Padova, 1935.

BUIGUES OLIVER, G. *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: el arbiter ex compromisso*. Madrid: Montecorvo, 1990.

BRISEÑO, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «Apuntes sobre la valoración de los Medios de Prueba». *En Revista de Derecho Procesal*. Lima, 1998, tomo II.

CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L. & Vilela Editor, 2000.

CALLIZO NICORA, Federico. *Medio de prueba en el arbitraje en las legislaciones iberoamericanas*, p. 1. En <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/medios-medios.pdf#search>.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Arbitraje comercial y de las inversiones». Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, 974. En *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 1, n.º 1, Marcial Pons, 2008, p. 974.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Impugnación de laudos arbitrales*. *Gaceta Jurídica*, 2002.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje y debido proceso*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000.

CHARRY URIBE, Leonardo. «Arbitraje mercantil internacional. Comentarios y legislación». Tesis para optar el grado académico de bachiller en Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996, n.º 12.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral».

D'ORS, A. «El arbitraje jurídico». En *Parerga Histórica*. Pamplona: Eunsa, 1997.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDINI DE HERBÓN. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

FLORES BORDA, Guillermo. «Teoría de los juegos y derecho: teorema de la aceptabilidad de las normas legales y arbitraje de oferta final». En *Audiovisuales Biblioteca PUCP*. Lima, 2010.

FREIXAS PUJADAS, J. «Consideraciones procesales sobre la transacción en el Derecho Romano». En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1980.

GAMBOA SERRANO, Rafael H. *El proceso arbitral en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992.

GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998.

GODOY VALLEJOS, Rosamaría. «Las facultades del gerente general: a propósitos del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Audiovisuales Biblioteca PUCP*. Lima, 2010.

GONZALES OJEDA, Magdiel. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 6167-2005/PHC/TC, fundamento discordante n.º 2. En: www.minjus.gov.pe/enmarcando/PDF/Alternativos.pdf.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros*. En http://www.coladic.org/pdf/publicaciones/FGC_independencia.pdf#search=%22%20%22independencia%2C%20imparcialidad%20y%20apariencia%22%22.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Kompetenz-kompetenz a la mexicana: crónica de una muerte anunciada*. Véase: <http://www.camex.com.mx/fgc.pdf>.

IGLESIAS, Juan. *Las fuentes del Derecho Romano*. Madrid: Editorial Cívitas, 1989.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje n.º 26572». En *Advocatus*. Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2001, n.º 4.

LARREATEGUI, M. Carlos. «Contribución al Estudio del Arbitraje-Ecuador». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009.

MALAMUD, J. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Coope-

ración Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982.

MARTÍN BRAÑAS, Carlos. «La anulación del Laudo Arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral». En *Anuario de Justicia Alternativa: Derecho Arbitral*, n.º 4. Barcelona: Bosch, 2003.

VIDAL MENDOZA VALDIVIESO, César. *Medios alternativos de solución de conflictos. ¿Alternativos de justicia?*

MONROY PALACIOS, Juan. «Arbitraje, Jurisdicción y Proceso». En *Arbitraje on line*. Lima: Boletín Jurídico editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2006, año IV, n.º 7. http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitro3.htm.

MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1988.

MURGA, J.L. *Derecho Romano Clásico II. El proceso*. Zaragoza: Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1989, 3.^a Ed.

OGÁYAR, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.

PARK, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, enero-junio 2005, n.º 2, p. 14.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. «Informe sobre el Arbitraje Comercial en Venezuela». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982.

PICÓ I. JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch, 1998.

PUGLIESE, G. *Il processo civile romano, II*. Milano: Guijarro, 1963.

REGGIARDO SAAVEDRA, Tord Velasco. «Los alcances subjetivos del laudo arbitral». *Ius et Veritas* Lima: Fondo Editorial PUCP, julio 2010, n.º 40.

REDFERN, Alan. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Aranzadi, 2006.

VALIÑO, E. *Instituciones de Derecho Romano*. Valencia: Universidad de Valencia, 1976.

VARGAS, Fernando. «Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil». Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

ZAPATA, Antonio. «Formación y práctica del arbitraje en México». En *El arbitraje comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982.

ZEGARRA PINTO, José. «Arbitraje de conciencia: ¿género del arbitraje de Derecho?». En *Arbitraje on line*. Lima: Boletín jurídico editado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, 2005, año III, n.º 5.

ZEPEDA, J. Antonio. «Normación y práctica del Arbitraje en México». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982.

NOTAS SOBRE LA ACTIVIDAD ARBITRAL A LA
LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

NOTAS SOBRE LA ACTIVIDAD ARBITRAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

*Eloy Espinosa-Saldaña Barrera**

Sumario: 1. Consideraciones iniciales.— 2. Algunos pronunciamientos clave en la evolución jurisprudencial dada al tratamiento de los temas arbitrales.— 2.1. Pesquera Rodga (n.º 189-99-AA/TC).— 2.2. Lo vinculado a la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 06167-2005-HC (caso Fernando Cantuarias Salaverry).— 2.3. El caso PROIME.— 2.4. El caso CODISA (n.º 05311-2007-AA).— 2.5. Lo resuelto en el caso IVESUR (STC n.º 02851-2010-PA/TC).— 2.6. El caso María Julia (n.º 00142-2011-AA) ;principio del fin de los problemas existentes?— 3. A modo de conclusión.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

El Derecho y sus instituciones, como manifestaciones de la actividad humana que son, están sujetos a constantes cambios en su contenido y

* Profesor Titular Ordinario de Pre y Post Grado en Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Administrativo en las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura. Integrante de las Mesas Directivas de las Asociaciones Peruanas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal, así como del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y la Red Peruana de Docentes de Derecho Constitucional, entre otras instituciones académicas. Profesor Visitante o Conferencista Invitado en diversas universidades europeas, latinoamericanas o peruanas. Autor o coautor de diversos libros y artículos sobre materias de su especialidad.

alcances, así como a modificaciones en la comprensión de lo ya previsto. Uno de los factores que ha marcado con mayor claridad esta cambiante dinámica ha sido el de la nueva perspectiva sobre el concepto «Constitución», y las repercusiones que ello acarrea.

La Constitución ya no es, o ya no es solamente, un acuerdo político que busca ciertos consensos sociales o económicos. La Constitución es hoy, ante todo, una norma jurídica que, entre otros factores, debe orientar la comprensión de todas las diferentes disciplinas jurídicas y sus instituciones más relevantes.

Ésta, que es una de las facetas del fenómeno que Favoreu denominó «constitucionalización del Derecho», tiene especial relevancia cuando nos acercamos a actividades como el quehacer arbitral. Es más, en el caso peruano estamos ante una materia no exenta de complejidad, ante la incorporación de una mención a lo arbitral en un inciso del artículo 139 de nuestra Carta de 1993, como excepción a la unidad de la función jurisdiccional.

Lo dispuesto en la Constitución marcará, entonces, cómo debe comprenderse al arbitraje, y como ello se encuentra directamente vinculado con lo anterior en el escenario del Estado Constitucional, también determinará cuál es el margen de control constitucional que puede tenerse sobre esta actividad arbitral.

Debe partirse, entonces, de reconocer que el Tribunal Constitucional peruano ha estado desde hace muchos años preocupado en estos temas, emitiendo reiterada jurisprudencia sobre el particular. Justo es anotar, además, que no siempre el sentido de esta jurisprudencia ha sido uniforme o se ha ceñido a potenciar las competencias propias sin interferir en las atribuciones que corresponden a otras entidades.

El objetivo de este texto es el de hacer un puntual acercamiento a esta evolución jurisprudencial para así efectuar un análisis crítico de lo

allí encontrado, y poder contar con una proyección sobre lo que viene. Desde ya, fácilmente se podrán acreditar dos dinámicas en esa labor del Tribunal Constitucional peruano: la primera de ellas es la de buscar consolidar el reconocimiento de una naturaleza jurisdiccional al arbitraje, al cual se le plantea como algo distinto a lo trabajado por jueces y juezas, aunque con garantías y atribuciones similares. Ahora bien, este reconocimiento del arbitraje como una jurisdicción distinta (y no como una suerte de fuero), no le libera de un margen de control constitucional.

A ello apunta la segunda constante que podemos anotar: el de un progresivo, y muchas veces distorsionado fortalecimiento del margen de la revisión de la actividad arbitral en sede del juez o jueza constitucional. En la evaluación de conjunto que plantearé a continuación, veremos cómo ambas dinámicas han traído algunos aspectos positivos, pero también generado muchas críticas.

De inmediato pasaré, pues, a efectuar la evaluación ofrecida, dejando para el final alguna reflexión que espero resulte de utilidad para el lector, así como de punto de partida para investigaciones posteriores.

2. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS CLAVE EN LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DADA AL TRATAMIENTO DE LOS TEMAS ARBITRALES

2.1. *Pesquera Rodga (n.º 189-99-AA/TC)*

Aquí se cuestiona una resolución de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte de Lima, que declaró improcedente una demanda de Amparo promovida contra aquel tribunal arbitral nombrado para resolver una controversia existente entre *Pesquera Rodga*, por un lado; y *Navinsa* y *Cearco Perú* por el otro, contraparte y organizador en el proceso arbitral, bajo comento, respectivamente.

En este escenario se buscaba la nulidad del laudo ya emitido para que, gracias a ello, se permita a Rodga ejercer su derecho de propiedad sobre varias embarcaciones.

Cearco alega que ellos no tienen injerencia en el desarrollo del proceso arbitral y la actuación de sus árbitros. Esos árbitros alegan que ese proceso arbitral ha sido seguido de manera correcta. Navinsa resalta cómo la Pesquera se apersonó al proceso arbitral y actuó dentro de él, para luego intentar dilatar la controversia con completa mala fe, y, finalmente, anotar que no puede usarse el Amparo para declarar la nulidad de un laudo, posición sostenida por muchos en ese momento.

En el Poder Judicial, en su sentencia de primer grado o instancia, se declara fundada la demanda, en base a las siguientes pautas:

- Las partes no pactaron la impugnación del laudo, y por ello, ese fallo no constituye cosa firme, sino una actuación en el límite de la autonomía de la voluntad o la libertad de contratación.
- El análisis del juzgador aquí debe centrarse en la revisión del laudo arbitral del 18 de junio de 1998, para ver si allí se cumplió con las formalidades previstas, y además, si no se violan derechos fundamentales.
- Como este laudo no consideraba el libre acuerdo de las partes pactado en el contrato materia del conflicto, el mismo sí viola derechos fundamentales, máxime si implica actuar al margen de lo previsto en la Ley General de Arbitraje.

En segunda instancia o grado, más bien se revoca la apelada y declara improcedente la demanda. Yéndose, entonces, a lo resuelto por el Tribunal, debe resaltarse como, de acuerdo con su tercer fundamento, para el Tribunal es incontrovertible que cabe revisión vía Amparo de un laudo arbitral, y no existe razón alguna que impida ese tipo de uso o rol para el Amparo.

Además, añade en su fundamento n.º 4, este cuestionamiento debía darse en función o consecuencia de tutelar de derechos constitucionales de carácter procesal, tesis admisorias moderadas. Se aclara que no se admitirá una revisión alegando otro tipo de derechos, pues ello implicaría convertir al proceso constitucional en una *supra* instancia jurisdiccional (en este sentido, el fundamento n.º 5 de lo resuelto). La única excepción admitida a esta regla es la de la vulneración de derechos constitucionales sustantivos violentados como consecuencia de violaciones paralelas a las afligidas a derechos constitucionales de naturaleza procesal.

Luego, y ya en el fundamento n.º 6 de lo resuelto, el Tribunal considera que el procedimiento aquí fue regular y, por ello, queda confirmada la sentencia de segundo grado o instancia.

2.2. *Lo vinculado a la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 06167-2005-HC (caso Fernando Cantuarias Salaverry)*

Cantuarias Salaverry cuestiona aquella resolución de la Cuarta Sala Penal para procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima, que declara infundada su demanda de Hábeas Corpus.

Ello se da en el siguiente contexto: Cantuarias era, conjuntamente con Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera, parte del colegiado que llevó a cabo el proceso arbitral entre Compañía de Exploraciones Algamarca y Minera Sulliden. Cantuarias fue recusado por Algamarca. Esa recusación fue declarada infundada por el tribunal arbitral, y ante la denegatoria del pedido de nulidad de esta última resolución, Algamarca acude a la vía penal, en donde un fiscal, el doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, en base a lo planteado por Algamarca, denuncia a Cantuarias por falsedad genérica y fraude procesal. Es ante esta decisión que Cantuarias presenta su Hábeas Corpus.

Frente a este Hábeas Corpus, sustentado en una supuesta violación de los derechos a una tutela procesal efectiva, la obtención de una resolución fundada en Derecho y el derecho de defensa, así como de una amenaza a la libertad personal. Este Hábeas Corpus es declarado fundado en primera instancia o grado, por considerarse que hubo violación al derecho de defensa y, además, que la investigación fiscal preliminar se da en un total contexto de desorden que afecta el derecho de Cantuarias Salaverry a un debido proceso. Sin embargo, en segundo grado se revoca la apelada, y se declara la demanda infundada.

El Tribunal Constitucional, antes de pronunciarse sobre los pedidos de Cantuarias Salaverry (declarar insubsistente la denuncia penal en su contra y buscar la certificación de esa denuncia por otro fiscal), planteará como cuestión previa a pronunciarse la del análisis de los supuestos excepcionales en los que la judicatura ordinaria puede intervenir en un proceso arbitral. Para ello, entre otros alcances, y bajo el epígrafe «El marco constitucional de la jurisdicción arbitral», abordará los siguientes temas: justificación de la institución arbitral, naturaleza y característica de la jurisdicción arbitral, criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales, y relaciones de la actividad arbitral con la función jurisdiccional.

Allí, luego de justiciar el desarrollo de la institución arbitral en el actual contexto mundial, sobre todo en la actividad comercial dentro de un nuevo orden jurídico internacional; o en el plano aquí obligatorio de la contratación estatal (fundamentos n.ºs 3 y 4), el Tribunal Constitucional peruano fija posición sobre la naturaleza y características de la jurisdicción arbitral, o, en otras palabras, busca justificar la naturaleza jurisdiccional de la labor arbitral en el Perú.

Allí, luego de asumirse carácter excepcional de la jurisdicción arbitral (fundamento n.º 7), se pregunta sobre si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de una jurisdicción de carácter privado (fundamento n.º 8). Para ello, comienza reconociendo que los cuatro

elementos que reputa como necesarios para hablar de la existencia de una labor jurisdiccional (conflicto entre las partes, interés social en la composición del conflicto, intervención del Estado mediante el órgano judicial como tercero imparcial, y aplicación de la ley o integración del Derecho) también se presentan en el ámbito arbitral (también fundamento n.º 8).

Con ello consagra algo que será una constante en el razonamiento del Tribunal al respecto: el arbitraje constituirá un espacio jurisdiccional distinto y alternativo (no sustitutorio) al Poder Judicial, pero ello no le libera de tener que observar los principios constitucionales y el orden público constitucional vigentes (cuyo grado de cumplimiento, aunque no se dice, obviamente corresponde evaluar al Tribunal Constitucional) (fundamentos n.ºs 8 al 14).

Aquello le permitirá al Tribunal, entre otros aspectos, establecer ciertos criterios para encuadrar el control constitucional de las resoluciones arbitrales (autonomía de la voluntad en sus dos vertientes (positiva y negativa), que lleva a un control *a posteriori* para apreciar si existe vulneración de la tutela procesal efectiva, o incumplimiento de la jurisprudencia constitucional y los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el tribunal; e interdicción de la arbitrariedad, que se traduce en la necesidad de una actuación respetuosa de los derechos, en general, y del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en particular). En este sentido, se encuentra lo recogido entre los fundamentos n.ºs 15 al 22 de lo resuelto.

El Tribunal cerrará esta línea de razonamiento estableciendo que resulta contrario a criterios o principios como la fuerza normativa o la corrección funcional, sostener una interpretación que consagre una irrevisabilidad de los laudos, tal como podría desprenderse de una lectura más bien literal del artículo 4 de la Ley n.º 26572 (fundamento n.º 21), para concluir que es un hecho incontrovertido la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbi-

tral, opción que incluso considera la única constitucionalmente válida (fundamento n.º 23). Aunque, finalmente, la demanda es declarada improcedente, por señalar que aquí no se encuentra una amenaza cierta e inminente a la libertad personal de Cantuarias Salaverry, de hecho aquí se fijan importantes criterios para el futuro.

Cierto es que en el voto de Magdiel Gonzáles, manejándose un concepto más estricto y acotado de jurisdicción, no se coincide con aceptar la existencia de una jurisdicción privada (o de carácter eminentemente privado) y, por ello, se rechaza una supuesta naturaleza jurisdiccional del arbitraje, sin que esto implique dejar de reconocer que se trata de un medio de composición de conflictos que debe desenvolverse dentro de parámetros constitucionales (fundamento n.º 2 de dicho voto). También allí se descarta un supuesto derecho fundamental al arbitraje y se busca matizar afirmación de que en el escenario del arbitraje debe haber un escrupuloso respeto al debido proceso (cuando el arbitraje supone por sí mismo la renuncia a una serie de derechos de carácter procesal como los de juez predeterminado por la ley, o la pluralidad de instancias).

2.3. El caso PROIME

PROIME Contratistas Generales interpone demanda de amparo contra el laudo emitido por el tribunal arbitral del Colegio de Ingenieros del Perú, alegando la falta de motivación y la incongruencia de dicho laudo, cuya ineficacia solicita se declare. Sin embargo, esta demanda es declarada improcedente, tanto en primera como en segunda instancia o grado de la judicatura ordinaria, aunque por consideraciones diferentes (falta de vulneración de derechos y ausencia de habilitación a un cuestionamiento del pacto en primera instancia; e indebida búsqueda de un pronunciamiento de fondo, así como el no haber intentado la anulación del laudo en segundo grado).

El Tribunal comienza afirmando lo ya señalado en «Cantuarias Salaverry», y discrepando, por ello, con lo señalado en primer grado

o instancia en este caso: el laudo, muy a despecho de su vocación de inimpugnabilidad, sí puede ser controlado mediante Amparo. En esta misma línea de pensamiento, si bien es cierto que en un arbitraje las partes pueden pactar algún nivel de renuncia, no pueden dejar de lado elementos del debido proceso que comprometen normas de orden público constitucional y que, por ello, son irrenunciables (fundamento n.º 2).

Y por si lo expuesto no fuese suficiente, en ese mismo fundamento de la sentencia, el Tribunal aclara que si bien la anulación del laudo es vía previa al amparo, esta anulación solamente puede deducirse si se está dentro de causales taxativamente previstas. Entonces, en casos de afectaciones a derechos que no estuviesen dentro de dichas causales, lo que correspondería es el directo planteamiento de un amparo. El Tribunal así consolida su margen de control, y establece pautas para determinar que situaciones serían propias de un amparo arbitral.

En la lógica de seguir estableciendo límites, se aclara que no proceden amparos contra actos efectuados en el trámite del proceso arbitral, debiéndose siempre esperarse el pronunciamiento definitivo del tribunal arbitral (fundamento n.º 3); para luego esbozarse algunas reglas dentro de las cuales puede efectuarse la labor contralora que se materializa cuando se resuelven amparos contra laudos arbitrales: su ya mencionada improcedencia contra actuaciones previas a la expedición del laudo; la necesidad de agotar la vía previa existente; la improcedencia de los amparos en los cuales se cuestione interpretaciones de normas legales, salvo que dichas interpretaciones impliquen un agravio manifiesto a la tutela procesal o el debido proceso; y la reserva de la valoración de los hechos y circunstancias sometidas a conocimiento de los árbitros, salvo que de su sola lectura se advierta arbitrariedad manifiesta (fundamento n.º 4).

Sigue aquí, entonces, el proceso de consolidación del control constitucional de la actividad arbitral, planteada todavía aquí bajo parámetros razonables. Los excesos vendrán después, como veremos a continuación.

2.4. *El caso CODISA (n.º 05311-2007-AA)*

CODISA demanda a un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú (CEARCO), con conocimiento de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE), buscando se declare inaplicable o se deje sin efecto el laudo mediante el cual CODISA debería pagar a COFIDE treinta y seis millones de dólares por concepto de penalidad ante una situación de supuesto incumplimiento de inversiones inicialmente comprometidas.

CODISA alegaba que se había violado su derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva al no haberse observado los requisitos y acciones señalados en el convenio arbitral, por no acudir a la negociación previa a la aplicación de la cláusula penal; y, además, por no haberse saneado el proceso, y consentido la actuación de COFIDE, sin contar con legitimidad activa para obrar; haberse aplicado indebidamente una norma derogada y no la Ley General de Arbitraje vigente; haberse impuesto una penalidad nula; y, finalmente, no darse mérito suficiente a las pruebas que aportó.

La demanda fue declarada infundada en primer grado o instancia, pero esa decisión fue luego revocada y declarada improcedente por consideraciones más bien formales, como la de la alegación de no haberse agotado la vía previa establecida por el artículo 45 del Código Procesal Constitucional; o a la falta de interés para obrar de CODISA, que ya había también solicitado la anulación del laudo ante la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

Téngase presente que aquí ya se habían emitido las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos «Cantuarias Salaverry» y «PROIME», en las cuales se deja de lado una lectura literal de la normativa vigente y se entiende que esa vocación de inimpugnabilidad del laudo no está reñida con su posibilidad de controlar dicho laudo mediante

amparo, si es que con ese laudo se violan derechos fundamentales como el debido proceso o la tutela judicial efectiva.

En PROIME, además, se aclara que si bien la anulación del laudo era en ese momento una vía previa del Amparo, la anulación implica la materialización de causales taxativamente establecidas. Entonces, si una afectación de derechos no está dentro de una de estas causales, bien cabría ir directamente al Amparo (en este sentido, n.º 04195-2006-AA/TC, fundamento n.º 2). En PROIME, y más propiamente en su fundamento n.º 4, se establecen incluso algunas reglas para aquellos casos en que se están conociendo amparos contra laudos arbitrales. Ya aquí, el margen de acción arbitral admitía límites, pero ello no nos liberaría en este caso de algunas sorpresas y novedades.

Aquí, de primera impresión, debió declararse improcedente la demanda, pues no estábamos ante una resolución firme, en tanto y en cuanto la propia CODISA había recurrido a la vía ordinaria para impugnar el laudo y conseguir su anulación. Lo dispuesto en la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional apunta su aplicación inmediata a casos como éste, iniciados antes de la entrada en vigencia del Código y en trámite en esos momentos. Sin embargo, en este caso se hizo una invocación al principio *pro actione* con la cual respetuosamente discrepo, y se siguió analizando la materia controvertida, haciendo, como veremos de inmediato, alguna inaceptable ampliación del margen de control del Tribunal sobre la actividad arbitral.

Y es que en su sentencia el Tribunal Constitucional pasará, por ejemplo, a analizar la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje. En PROIME (fundamento n.º 4), el mismo Tribunal había reconocido que en rigor esta tarea solamente corresponde a los árbitros, con la única excepción de que estemos ante un situación de arbitrariedad manifiesta que puede constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso y sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional. Esta situación de arbitrariedad manifiesta

definitivamente no se daba en este caso, y, sin embargo, aquí se hace una evaluación sobre la proporcionalidad de la penalidad impuesta, así como de la valoración y calificación de los hechos y medios probatorios sometidos a arbitraje.

El riesgo de convertir el amparo en una puerta abierta para que cualquiera, alegando uno de estos dos temas (comprensión de hechos y medios probatorios, y proporcionalidad de penalidad), cuestione cualquier laudo y neutralice la actividad arbitral, se encuentra entonces a la vuelta de la esquina, con todo lo que ello involucra. Hiperactivismo del Tribunal que desemboca en una situación de peligrosa interferencia en el quehacer arbitral que a todas luces debería evitarse.

2.5. Lo resuelto en el caso IVESUR (STC n.º 02851-2010-PA/TC)

IVESUR no cuestiona mediante Amparo un laudo (o, por lo menos, no solamente ese laudo), sino, fundamentalmente, la actuación de los integrantes del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, CSA), solicitando que se declaren nulas dos resoluciones: aquélla mediante la cual se designó como árbitro a Jorge Vega Velasco en el proceso arbitral seguido entre IVESUR y Lidercon S.L.; y la resolución mediante la cual este CSA desestimó el pedido de nulidad de la resolución de nombramiento de Vega Velasco. Junto a ello, IVESUR también solicita la nulidad de todos los actos en que participó el árbitro Vega Velasco dentro del proceso arbitral en cuestión, designación de presidencia del tribunal y laudo finalmente emitido incluidos.

Aquí se alega la violación de la tutela procesal efectiva, el derecho de defensa, y la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues la designación de Vega Velasco hecha por el CSA estaría viciada por la vinculación de uno de los miembros a una de las partes de la controversia procesal. A pesar de que el entonces integrante del CSA cuestionado por su accionar finalmente renunció a su cargo, IVESUR considera que el daño ya estaba hecho y era irreversible. Ahora

bien, lo que IVESUR no menciona es que curiosamente el integrante del CSA que cuestionó no participó en la designación del señor Vega Velasco como árbitro en el proceso IVESUR-Lidercon; y que, además, formalmente no recusó la misma designación de Vega Velasco en la forma, momento y plazo previstos por ley.

Este cuestionamiento llega al Poder Judicial, pero allí, tanto en primero como en segundo grado, se declaró improcedente la demanda, en mérito a que no se había cumplido con agotar todos los recursos pertinentes dentro del proceso arbitral al no haberse planteado la anulación del laudo.

Con el voto en mayoría emitido en esta causa, se señala que su análisis se centrará en el cuestionamiento a la actuación del CSA, pues entiende que todo el cuestionamiento posterior es mera consecuencia de este pronunciamiento inicial (fundamento n.º 2). Luego de ello, se evaluará si aquí era exigible el agotamiento de la vía previa, entendida como el planteamiento de la anulación del laudo (fundamentos n.ºs 3 y siguientes).

En este contexto el Tribunal llega a la conclusión de que el cuestionamiento formulado a la actuación del CSA no se encuentra dentro de las causales que justificarían recurrir a una anulación del laudo finalmente emitido. Si el cuestionamiento es a la independencia en la actuación del CSA, ello no se canaliza mediante anulación y, por ende, puede irse directamente al amparo (fundamentos n.ºs 3 al 10). Preocupa eso sí, cómo allí mismo se señala de inmediato que la causa se encuentra habilitada para un pronunciamiento sobre el fondo, y con ello, a una revisión por el Tribunal Constitucional de aspectos que en rigor no le tocaría evaluar, como se ha hecho en este caso concreto, tal como veremos con claridad casi de inmediato.

El Tribunal Constitucional centra, entonces, su análisis en explicar qué entiende por independencia y qué por imparcialidad judicial, con-

ceptos que alega aplicables a un escenario arbitral, sobre todo luego de resuelto en casos como «Cantuarias Salaverry» (fundamentos n.ºs 11 al 23).

Yendo al análisis del caso concreto, la mayoría del Tribunal considera que había una vinculación o relación de dependencia entre el miembro de la CSA que había sido cuestionado y una de las partes que acudían al tribunal arbitral. Aunque reconoce que el entonces vocal de la CSA, Alonso Rey Bustamante, no participó en la designación del árbitro Vega Velasco (fundamentos n.ºs 24 al 26), también resalta todos los cuestionamientos formulados por IVESUR a la actuación del CSA, cuestionamientos formulados ante el mismo CSA o ante el Consejo Directivo de la Cámara de Comercio de Lima y que en algún momento generaron, incluso, una amonestación a IVESUR (fundamento n.º 28), lo cual abonaría en contra de una necesaria imparcialidad subjetiva en el accionar de los involucrados (fundamento n.º 29).

Esta vulneración de imparcialidad subjetiva, en concordancia con la teoría de la apariencia, afecta toda la actuación posterior, y en base a ello, se declara fundada la demanda, y nulas las dos resoluciones cuestionadas por IVESUR, así como nulos todos los actos en que participó el árbitro Vega Velasco, retrotrayendo el proceso arbitral al momento de su designación.

Con todo respeto, preocupa lo resuelto por la mayoría del Tribunal Constitucional, sin duda alguna motivado con buenas intenciones. En este escenario, el Tribunal sigue apuntalando la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, pero curiosamente, lo que luego hace, es centrar su control en una actividad a la cual no se puede dar tal característica (la elección de árbitros). Y al mismo tiempo, el Tribunal deja completamente de lado criterios para justificar su labor contralora establecidos en «Cantuarias Salaverry» o en «PROIME», y pasa a intervenir en temas que, claramente, no eran parte de sus competencias de acuerdo con los mismos parámetros que en su momento ese Colegiado planteó.

Como bien se indica en el voto particular del magistrado Álvarez, las controversias arbitrales no deberían judicializarse, salvo que estemos ante una causal que permite la interposición de una anulación; o exista una violación de derechos tan evidente, manifiesta y clara que obligue a un pronunciamiento urgente, como también anota el magistrado Vergara.

En sede constitucional, nos encontramos ante un cuestionamiento a la actuación del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que no es una materia a discutirse mediante un amparo, máxime si IVESUR no recusó a Vega Velasco ni impugnó la sentencia emitida en un primer proceso en que cuestionaba en sede judicial el laudo de este caso, dejando que dicho pronunciamiento quede firme y consentido.

Si a esto le añadimos que Rey Bustamante no participó en la designación de Vega Velasco, (y con ello, pierde sentido la mención a la teoría de la apariencia de la imparcialidad, la cual, por cierto, solamente debiera ser invocada cuando hay elementos suficientes para inducir ese razonamiento), y, lo que es tal vez lo más anecdótico, se plantea la nulidad de un laudo que por cierto no se consigna en el expediente en base al cual resuelve el Tribunal, lleva a que estemos ante una sentencia que genera mayores preocupaciones que beneficios, una situación que necesariamente debería revertirse.

2.6. El caso María Julia (n.º 00142-2011-AA) ¿principio del fin de los problemas existentes?

Los cuestionamientos formulados a lo resuelto en IVESUR fueron múltiples. Y es que, independientemente de la preocupación que pueda tener el Tribunal Constitucional sobre la transparencia de las condiciones en que se configura la actividad arbitral, ello no autoriza a este colegiado a actuar de cualquier manera, fuera de los escenarios que le son propios e incluso contradiciendo sus criterios anteriores al respecto, sin explicar ese radical cambio de perspectiva.

Transcendió, entonces, la preocupación del Tribunal Constitucional de buscar corregir algunos de los excesos en los cuales había incurrido, aunque sin abandonar las líneas básicas de su razonamiento: el sostenimiento de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y el mantenimiento de parámetros de control constitucional de la actividad arbitral. El caso escogido para plasmar esta preocupación es el recogido en el expediente n.º 00142-2011-PA/TC, en mérito al proceso de amparo iniciado por la Sociedad Minera «María Julia».

«María Julia» cuestiona lo resuelto por un árbitro individual, alegando la violación de sus derechos a un debido proceso y a la tutela procesal efectiva. En primer grado o instancia, el Poder Judicial declara improcedente la demanda, alegando que aquí no se ha agotado la vía previa. En segundo grado se confirma la apelada, añadiéndose como otra causal de improcedencia a considerar, la de que la anulación es una vía igualmente satisfactoria para la tutela de la pretensión solicitada y, por ende, no se hace aquí necesario recurrir al amparo para obtener la protección deseada.

El Tribunal va a tener aquí, entonces, varios temas que abordar: el de los alcances de la revisión en sede constitucional de la actividad arbitral es sin duda uno central, mas no el único. Aquí también convenía determinar si, como ya se decía en algunos círculos, la anulación era o no una vía igualmente satisfactoria del amparo; y de ser así, cuál sería el espacio propio del denominado amparo arbitral.

Y como si esto no fuese suficiente, el reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje implicaba aquí también efectuar una serie de definiciones, como si corresponde a un árbitro individualmente considerado o a un tribunal arbitral ejercer control difuso, tal como ya venía planteándose en ciertos círculos. Veamos, entonces, como el Tribunal aborda todas estas materias, para luego opinar al respecto.

El Tribunal Constitucional va a plantear, entonces, como una cuestión preliminar, frente a los cuestionamientos existentes a su actuación anterior, el realizar «una reformulación y/o consolidación de los criterios establecidos en su jurisprudencia, con el objeto de dar una visión actualizada de lo que hoy en día representa para este Supremo Intérprete de la Constitución la institución del arbitraje y la fórmula de control constitucional aplicable a éste» (fundamento n.º 2 de la sentencia en comentario).

El Tribunal explica, entonces, la evolución de su jurisprudencia (fundamentos n.ºs 3 al 9), resaltando lo resuelto en casos como el «Cantuarías Salaverry», ya comentado en este mismo trabajo, y donde se establecen criterios supuestamente sintetizados en lo resuelto en «Corporación Meier S.A.C.» (STC n.º 4972-2006-PA/TC), las cuales implican que el control constitucional de las decisiones arbitrales se da en defensa de la tutela procesal efectiva, siempre y cuando se haya agotado la vía previa; cuando la actividad arbitral ha sido impuesta compulsiva o unilateralmente; o si estamos ante materias indisponibles.

Luego de ello hace mención a lo resuelto, y aquí también ya analizado, en PROIME. Intencionalmente, el Tribunal no hace referencia en esta relación a aspectos tan polémicos como los planteados en «CODISA» o en «IVESUR». A continuación, el colegiado refuerza su comprensión del arbitraje como una actividad jurisdiccional distinta a la que hace el Poder Judicial, pero sometida también a los principios y derechos recogidos en la Constitución (fundamentos n.ºs 10 al 13).

Toda esta sistematización previa le permite al Tribunal ir al tema que supuestamente motiva este pronunciamiento: establecer cuál va a ser el modelo de control constitucional sobre el arbitraje, tomando en cuenta para ello el nuevo estado de la cuestión, en el que debe incluirse, por ejemplo, lo planteado en el Código Procesal Constitucional.

Se va a aclarar, entonces, que, en este nuevo contexto, la anulación de un laudo no es una vía previa o anterior al inicio de un proceso Constitucional, sino una vía igualmente satisfactoria en el mismo sentido a que apunta el segundo inciso del artículo 5 del Código Procesal Constitucional: una decisión definitiva que, en principio, cierra la controversia existente (fundamentos n.ºs 17 y 18). En este contexto, cabe preguntarse cuando procede el denominado «amparo arbitral». Buscando establecer pautas claras al respecto, el Tribunal Constitucional peruano establece, con carácter de precedente vinculante, las siguientes reglas (fundamentos n.ºs 20 y 21).

1. La anulación prevista en el Decreto Legislativo n.º 1071, o las apelaciones y anulaciones abordadas en la Ley General de Arbitraje son consideradas vías igualmente satisfactorias del Amparo, aunque, como ya es habitual en nuestro Tribunal Constitucional, sin especificar en base a qué criterios o consideraciones llega a esa opinión.
2. Será improcedente la demanda que busque usar el amparo para, por ejemplo, cuestionar la falta de convenio arbitral o debatir aspectos vinculados a derechos fundamentales de carácter indisponible: para ello están, según la norma aplicable, la anulación o la apelación.
3. La interposición de amparos que desconozcan estas reglas no suspenderá los plazos dentro de los cuales deben plantearse los procesos ordinarios correspondientes.
4. Cabe impugnar lo resuelto por el Poder Judicial en materia de laudos siguiendo las reglas usadas para el amparo contra resoluciones judiciales.
5. Son supuestos que justifican la interposición de amparos arbitrales la posible vulneración directa o frontal de precedentes establecidos

por el Tribunal Constitucional; la necesidad de revisar un laudo en el cual se ejerció control difuso sobre una norma antes declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; o la actuación de un tercero que no fue parte del convenio arbitral, pero que sus derechos fundamentales fuesen manifiesta y directamente.

Mucho es lo que podría señalarse en función de lo resuelto por el Tribunal en este caso: en primer término, y eso es bueno, se ha buscado reconducir el margen de acción del control sobre el arbitraje. También es conveniente la especificación del rol que es propio de la anulación (o demás medios procesales utilizados para impugnar lo consignado en un laudo), frente a ello que resulta competencia del amparo arbitral, aunque cierto es decirlo, sin especificar los criterios que están detrás de estas decisiones.

La atribución de competencias, como aquí se hace, convalidando incluso el ejercicio del control difuso arbitral, es sin duda útil. Ahora bien, justo es anotar que si no se especifican debidamente los criterios que justifican esta distribución de competencias, el remedio puede ser peor que la enfermedad, y la cantidad de conflictos que se quería resolver mucho mayor a los que se querían absolver.

De otro lado, el para muchos polémico reconocimiento de una naturaleza jurisdiccional al arbitraje, consideración que, por cierto, no se conduce con determinadas comprensiones del concepto jurisdicción, lleva a situaciones de suyo complejas. La admisión del ejercicio del control difuso en sede arbitral es, sin duda, una de ellas, por lo difícil que resulta materializar la competencia asignada en algunos contextos, o compatibilizarla con el ejercicio de atribuciones similares en un mismo Estado (como, por ejemplo, en el Perú, donde coexisten instituciones con atribuciones de control difuso y ejercicios de control abstracto).

Con todo, es justo reconocer que, si bien con «María Julia» no se resuelven todos los problemas, se plasma un importante esfuerzo por salvar algunas de las deficiencias hasta hoy existentes. Todavía queda mucho por hacer o corregir, pero parece irse por un mejor camino, salvo mejor opinión. Se amerita, entonces, efectuar ahora una reflexión sobre todo este proceso y estado de cosas, tarea que emprenderé de inmediato.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

La composición de conflictos, la cual deviene en una tarea cada vez más compleja y llena de particularidades, interpela hoy con más consistencia la labor de la judicatura ordinaria, permitiendo con ello, entre otras cosas, redimensionar la posibilidad de recurrir a medios alternativos o adecuados de resolución de conflictos. La importancia que adquiere en este contexto la labor arbitral es, pues, a todas luces, insoslayable.

Ello ha llevado a que, entre otras consecuencias, la actividad arbitral sea, por un lado, objeto de promoción; y de otro, escenario pasible de control y, sobre todo, de control de constitucionalidad. En su promoción o en su control, qué duda cabe, tiene especial relevancia, tanto lo prescrito en el texto constitucional como la labor que emprenda en uno y otro sentido el Tribunal Constitucional (en los países, claro, donde está dicho Tribunal).

El Tribunal Constitucional peruano ha tenido en esta situación una actuación activista (lo cual es positivo) o incluso hiperactivista (situación sin duda desfavorable, por los riesgos que puede generar). Ha sido importante, aunque polémico, reconocerle atribuciones y naturaleza jurisdiccional al arbitraje, como lo hace el Tribunal en «Cantuarías Salaverry», por todo lo que de ello se desprende.

En este escenario ha sido importante también preocuparse por establecer cuál es el margen de control constitucional con que se cuenta sobre la actividad arbitral. Sin embargo, ello debe hacerse sin perder de vista la misma naturaleza del arbitraje. Ya, lamentablemente, algo de aquello se ha generado en nuestro país, cuando se revisan pronunciamientos como los emitidos en los casos «IVESUR» o «CODISA».

Luego de una evolución que ha tenido méritos, pero también puntos grises (por un lado, se fortalece el arbitraje dándole competencias jurisdiccionales, pero de otro, se sigue acentuando los ámbitos de su eventual control), el Tribunal Constitucional peruano ha emitido un último pronunciamiento con carácter precedente, el caso «María Julia». Allí, y luego de explicar la evolución de una dinámica en la cual había incurrido en exceso, el Tribunal busca matizar su ámbito de acción y control sobre resoluciones arbitrales; y al mismo tiempo, intenta fortalecer una comprensión o naturaleza jurisdiccional del arbitraje. En ese sentido, admite la posibilidad de que un árbitro o un tribunal arbitral pueda ejercer control difuso, y al mismo tiempo, fija los supuestos en que cabría recurrirse a la interposición de un amparo arbitral.

Lo planteado y aprobado en «María Julia», no exento de aspectos polémicos, fija un escenario que establece algunas luces, las cuales en líneas generales, apuntalan mejor el desenvolvimiento de la actividad arbitral. Buen momento y buen punto para seguir trabajando en ese sentido, tarea que seguramente podremos seguir comentando en posteriores trabajos.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL
Carlos Hakansson Nieto

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

*Carlos Hakansson Nieto**

Sumario: 1. Los abogados como «un mal necesario».— 2. La posición constitucional de los jueces.— 3. Los principios formales de la judicatura en la Constitución.— 4. El contenido del artículo 139, inciso 1 de la Constitución peruana.— 5. La virtud de las reglas constitucionales también deben encontrar el punto medio.

1. LOS ABOGADOS COMO «UN MAL NECESARIO»

En la película «volver al futuro», la segunda parte de la saga de los ochenta, el protagonista Marty McFly y el científico doctor Brown, gracias a la máquina del tiempo, viajan del año 1985 al 2015 para impedir que el hijo del primero terminara injustamente en la cárcel. Luego de algunas peripecias, Marty, haciéndose pasar por su futuro hijo, vence a los chicos abusadores y resuelve el problema, la policía notifica lo sucedido y los verdaderos transgresores de la ley van a la cárcel condenados inmediatamente; Marty se sorprende por la rapidez del proceso y el doctor Brown le responde lo siguiente: «en el futuro la justicia es más rápida desde que se abolieron a los abogados».

* Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea).

Se trata de un comentario irónico en el guión de una película de entretenimiento y, como es lógico, no se ofrecen más datos sobre el funcionamiento de la administración de justicia en el futuro; lo que parece claro es que sin abogados tampoco existirían jueces ordinarios, con lo cual nos quedaría la institución del arbitraje para la solución de las controversias y el imperio de la comunidad política para ejercer el *ius puniendi*, que a no dudar sería un polémico ejercicio del Derecho. En la actualidad, cerca al año 2015, y para nuestra suerte, los abogados seguiremos siendo, con ironía, un «mal necesario» para la correcta administración de justicia y la defensa de los principios de la función jurisdiccional.

En la actualidad, somos testigos de que la institución del arbitraje se encuentra en pleno desarrollo y es protagonista para la solución de los conflictos jurídicos contemporáneos, lo cual le brinda una significativa importancia; teniendo presente que las modernas constituciones la incluyen como una nueva vía de jurisdicción complementaria a la justicia ordinaria. Sin embargo, para el desarrollo armónico de estas jurisdicciones, se debe establecer la cooperación de ambos mecanismos. De esta manera, así como los árbitros deben comprender que carecen de coerción, los jueces, a su vez, deben comprender que dicha institución coopera en la solución de conflictos, aceptando su no intervención.

Para el ordenamiento constitucional peruano la legitimación del arbitraje proviene de un acuerdo celebrado entre las partes y el tercero al que éstas acuden libremente, siendo el objeto del convenio arbitral la solución de un conflicto determinado; no obstante, el saber socialmente reconocido del árbitro no se agota con el laudo, sino que debe ser una auténtica administración de justicia que forma parte esencial del orden público constitucional. En el presente ensayo nos corresponde ocuparnos del contenido del artículo 139, inciso 1 de la Constitución de 1993, el cual abordaremos inicialmente en el marco de la posición constitucional de los jueces, sus garantías, para luego

ocuparnos de los principios de unidad y exclusividad, concentrándonos en la llamada jurisdicción arbitral a la luz de la jurisprudencia constitucional.

2. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS JUECES

La teoría constitucional y la sistemática de los documentos constitucionales dan a la judicatura la calidad de un poder, el tercero luego del legislativo y el ejecutivo. La realidad nos dice que, de acuerdo con su predominio, el primer puesto se lo lleva el ejecutivo, más lejos, en segundo lugar el legislativo y, visto a más distancia, la judicatura,¹ dado que no puede ejecutar por sí misma sus sentencias si no es gracias al poder ejecutivo.² Por otro lado, tampoco interviene de manera directa en el juego político entre ejecutivo y legislativo que da lugar a las formas de gobierno,³ aunque al inaplicar una norma contraria a la constitución podría repercutir en la vida política.⁴ Asimismo, no son elegidos de ma-

¹ A diferencia de los países miembros de la Unión Europea, la judicatura peruana no está vinculada con el Tribunal Andino como lo está, por ejemplo, la judicatura española con el Tribunal de las Comunidades Europeas.

² Véase el artículo 118.9 de la Constitución peruana de 1993.

³ No obstante, en la actualidad se percibe que los tribunales constitucionales están formando parte de esas relaciones para la solución de conflictos políticos que llevan a una judicialización de la vida política. Es decir, un acto político del ejecutivo contra un partido político se ve luego confirmado por una sentencia del Tribunal Constitucional.

⁴ En efecto, y aunque toda comparación resulta odiosa, si observamos los efectos de las resoluciones del Tribunal Supremo norteamericano veremos como dice Garro que tanto sus decisiones como opiniones «afectan la vida de todos los ciudadanos norteamericanos. Las sentencias de la Corte norteamericana tienen un impacto notable en el funcionamiento del siempre fluctuante sistema de «pesos y contrapesos» (...) entre el presidente y el Congreso. De allí que lo que hace y no hace la Corte norteamericana, y la perspectiva ética e institucional de cada uno de sus miembros, constituya un tema de primera plana y sea cuidadosamente examinada en los periódicos del país»; *cf.* GARRO, Alejandro. «Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte». En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, n.º 35, p. 86.

nera directa por el pueblo a pesar de que la Constitución de 1993 tiene prevista la elección popular de los jueces de paz.⁵

Los artículos de la Constitución peruana dedicados a la judicatura son similares al resto de constituciones. En primer lugar, la Constitución establece que la justicia emana del pueblo, una disposición de contenido ideológico como tuvimos ocasión de mencionar.⁶ Por otro lado, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 146, los magistrados están sometidos formalmente a la Constitución y a la Ley. Pensamos que esta norma debió decir a la Constitución y el Derecho,⁷ ya que, como sabemos, la ley sólo es una de las fuentes del ordenamiento jurídico; además, en favor de su imparcialidad judicial, la Constitución dispone que la función jurisdiccional es incompatible con cualquier actividad pública o privada, salvo docencia universitaria.⁸

⁵ Véase el artículo 152 de la Constitución peruana de 1993. Hasta el momento sus miembros son elegidos por el Consejo Directivo del Poder judicial.

⁶ Véanse los artículos 101 de la Constitución italiana de 1948 y el artículo 117. 1 de la Constitución española de 1978.

⁷ Otto Bachof, compartiendo las ideas de Esser y Wieacker, nos dice que «...la fórmula de que el juez está sometido solamente a la ley aparece como algo ficticio en la realidad social: como una ficción porque, aparte del derecho legislado, existen amplias zonas de derecho contenido fuera de la ley, «máximas judiciales» que, por una parte, son consideradas para el juez, el cual, por otra parte, participa decididamente en su creación»; *cf.* BACHOF, Otto: *Jueces y Constitución*. Madrid: Cívitas, 1987, p. 24.

⁸ El artículo 146 de la Constitución peruana de 1993. Sobre la elección popular de los jueces de paz, De Belaunde nos dice que «la justicia de paz es una justicia esencialmente conciliadora, donde lo fundamental no se encuentra ni en aplicación de la ley ni en la evaluación de las calidades técnicas del juez para ese propósito. En cambio, en el proceso de selección del juez profesional debe primar una evaluación no sólo de su idoneidad moral, sino de su capacidad técnica; y para ello la elección popular no parece ser el mejor sistema»; *cf.* DE BELAUNDE, Javier. «Elección popular de jueces». En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, n.º 10. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 214.

3. LOS PRINCIPIOS FORMALES DE LA JUDICATURA EN LA CONSTITUCIÓN

En las constituciones modernas no faltan disposiciones alusivas a la independencia de la función judicial, la inamovilidad de sus jueces y las disposiciones relativas al debido proceso. No obstante, la aplicación de estos principios demanda algo más que su sola presencia en una constitución.⁹ La forma de gobierno de la Constitución peruana adolece, precisamente, de este problema, ya que es notable su falta de aplicación en la realidad. En efecto, los problemas económicos y de condiciones de trabajo, la dificultad para lograr su autonomía real, los procedimientos lentos y la desconfianza ciudadana sobre la administración de justicia, son el marco donde la Constitución añade los siguientes principios de la judicatura:¹⁰

- A) La Constitución peruana hace referencia a la independencia de la Judicatura en dos artículos. El primero es el artículo 139, que establece de manera formal que la independencia es un principio y derecho de la función judicial. El segundo es el artículo 146, que dispone que los magistrados son independientes y sólo están sometidos a la Constitución y la ley. La ley orgánica de la Judicatura complementa la disposición constitucional al establecer que los magistrados son independientes en su actuación jurisdiccional dentro de su competencia y que ninguna autoridad puede interferir en su actuación, pues están obligados a preservar esta garan-

⁹ En ese sentido, Manuel Vicente Villarán, en el anteproyecto de Constitución de 1931, sostuvo que «las innovaciones relativas al Poder Judicial, tienen por principal objetivo asegurar su independencia. Es tanta la magnitud del daño que causa el ejercicio por malos gobiernos de la facultad de nombrar a los jueces, que la previsión más elemental, justificada por la evidencia de los hechos aconseja medidas radicales. Hay que poner vallas más sólidas para impedir a la política entrar al Poder Judicial y prohibir al Poder Judicial entrar a la política»; *cf.* VILLARÁN, Manuel Vicente: *Anteproyecto de Constitución de 1931*. Lima: Talleres Gráficos Villanueva, 1962, pp. 71-72.

¹⁰ En el mismo sentido, véase De Belaunde, Javier: «Aproximación a la realidad de la Administración de Justicia». En *El Poder Judicial y Democracia*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 25-29.

tía.¹¹ No obstante, a pesar de las clásicas disposiciones constitucionales, la doctrina peruana considera que el problema sustancial de la judicatura peruana es su falta de independencia frente al poder político.¹²

- B) La Constitución peruana en su artículo 146, incisos 2 y 3, establece, respectivamente, que los jueces gozan de la «inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento» y que se garantiza «su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función». La descripción formal de estos principios clásicos se encuentra en todas las constituciones y son patrimonio del Derecho Constitucional, fueron reconocidos en Inglaterra con el *Act of Settlement* de 1700.

4. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 139, INCISO I DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA

El artículo 139, inciso 1 de la Constitución de 1993 establece que la unidad y exclusividad son principios de la función jurisdiccional, añadiendo que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.¹³ Se trata de un artículo

¹¹ Véase el artículo 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹² Véase GARCÍA BELAUNDE, Domingo: «La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y garantías constitucionales». En LANDA, César y Julio FAÚNDEZ (ed.): *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 50; véase además TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial*. Lima: ARA Editores, 1996, p. 58.

¹³ «(...) los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional constituyen elementos indispensables en el funcionamiento de todo órgano jurisdiccional, siendo el Poder Judicial el órgano al que por antonomasia se le ha encargado ejercer dicha función. No obstante, en reiterados pronunciamientos, entre los que destacan los recaídos en los mencionados Expedientes n.º 0017-2003-AI/TC y n.º 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, conforme se desprende del artículo 139, inciso 1, de la Constitución, una de las excepciones a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional está constituida por la existencia de la deno-

que se inspira directamente de la Constitución peruana de 1979, concretamente en su artículo 233. Los antecedentes de esta disposición en la historia de los textos constitucionales peruanos aparecen en la Carta de 1834, la cual establece ciertos cuerpos judiciales especializados; su artículo 110 disponía la existencia de un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de vocales y un fiscal nombrados por el Congreso. Asimismo, tribunales especiales para el comercio y minería. La ley determinará los lugares donde deban establecerse estos tribunales especiales, el número de sus vocales y sus respectivas atribuciones. La Constitución peruana de 1839 estableció el principio de que no se podía privar a nadie de la jurisdicción por medio de árbitros.

A) Los principios de unidad y exclusividad.

La Constitución peruana establece como regla general que corresponde a la judicatura el avocamiento único del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad). Por unidad, debemos entender que existe un solo vértice de administración de justicia en el Perú, que es el que dirige la actividad jurisdiccional; es decir, la judicatura se encuentra sometida a una organización jerarquizada. La unidad y exclusividad de la jurisdicción se entiende como la estructura orgánica y jerarquizada del Poder Judicial, en cuyo vértice se ubica la Corte Suprema de Justicia con competencia, sobre todo el territorio de la República, las Cortes Superiores de Justicia en el ámbito territorial de los respectivos Distritos Judiciales, los Juzgados de Primera Instancia, cualquiera que sea su competencia por razón de la materia, en las capitales de las provincias, y los juzgados de Paz Letrados con competencia en los distritos municipales. Esta estructura no comprende a los Juzgados

minada 'jurisdicción especializada en lo militar'; véase Expediente n.º 00004-2006-AI (fundamento jurídico n.º 5).

de Paz no Letrado, que tienen la competencia que les atribuye la ley, pero que no forman parte del Poder Judicial.¹⁴

El principio de unidad impide la fragmentación jurisdiccional, busca asegurar la individualidad del Poder Judicial. El principio de exclusividad es la prohibición de atribuir la potestad jurisdiccional a órganos que no forman parte de la judicatura, en otras palabras, se trata de la confluencia de los principios de separación de poderes y de tutela judicial efectiva.¹⁵ La separación competencial entre unos y otros estará sustentada en un principio de legalidad, pues es la ley la que distribuye lo que le corresponde a cada quien en cada momento, por las distintas especialidades y dentro de las funciones y procedimientos que establezcan la propia Constitución y las leyes de la materia.¹⁶

No obstante, como podemos apreciar, el texto de la Constitución de 1993 es contradictorio; por un lado, el artículo 139, inciso 1, consagra la unidad y exclusividad del Poder Judicial; de otro lado, la Carta de 1993 transfiere en su artículo 173 la jurisdicción que tienen las cortes civiles sobre casos de terrorismo y traición a la patria, a los tribunales militares. De esta manera, el fuero ordinario sólo tiene un vértice pero la administración de justicia no lo tiene; hay que exceptuar a los tribunales militares cuando imponen la pena de muerte porque, en ese caso, sí procede la casación de la Corte Suprema. Con relación a la exclusividad, entendemos que la administración de justicia sólo pueden ejercerla las instituciones que la Constitución determina explícitamente. Por eso, es conveniente que las constituciones determinen expresamente los órganos estatales

¹⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Comentario al artículo 139, inciso 1, de la Constitución de 1993». En GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución Comentada*, Lima: Gaceta Jurídica, 2006, tomo II, pp. 486-487.

¹⁵ Véase Expediente n.º 00023-2003-AI (fundamentos jurídicos n.ºs 15, 16, 22 y 23).

¹⁶ Véase, QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Las garantías constitucionales de la administración de justicia». En AA.VV. *La Constitución diez años después*. Serie Constitución y Sociedad. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 306.

que están investidos de facultades jurisdiccionales. En resumen, la jurisdicción es ejercitada por el Estado por medio de los órganos que la Constitución establezca expresamente; las personas emplazadas tienen el deber de someterse a la administración de justicia que imparten dichos órganos, y las partes involucradas deben cumplir lo que dichos órganos resuelvan en el caso concreto.¹⁷

- B) La excepción a la regla: jurisdicción militar, arbitral y los tribunales en materias especializadas.

El segundo párrafo del artículo 139, inciso 1 de la Constitución establece que además de la judicatura los tribunales militares y arbitrales pueden ejercer la jurisdicción. En primer lugar, denominar jurisdicciones a los tribunales militares y arbitrales es un error; como sabemos, el concepto de jurisdicción significa la función que posee el Estado para administrar justicia; los tribunales militares y arbitrales tienen competencias propias según las particularidades de cada caso; por eso el párrafo debería decir que no hay otros tribunales independientes del Poder Judicial, salvo los militares y arbitrales. Cabe precisar que el ámbito de la jurisdicción militar se ha reservado para el juzgamiento de los delitos de función que hubiesen cometido los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y en el caso de los civiles, para el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y de terrorismo, por lo tanto, una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento constitucional debe considerar que la justicia castrense debe estar en armonía con su carácter restringido y su articulación con el principio de exclusividad judicial.¹⁸

La constitucionalidad del arbitraje es confirmada gracias al Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el arbitraje nacional y el arbitraje

¹⁷ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PUCP 1999, tomo IV, p. 32.

¹⁸ Véase Expediente n.º 01154-2002-HC (fundamento jurídico n.º 3).

internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales sobre arbitraje, en cuyo caso el referido decreto legislativo será de aplicación supletoria. Con relación a la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071) se establece que pueden someterse a «las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen». Se añade que «cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral».

La determinación de la constitucionalidad del arbitraje internacional es importante a efectos de esclarecer si supone una renuncia a la soberanía jurisdiccional estatal. El Tribunal Constitucional nos dice que los principios de unidad y exclusividad han ido transformándose, encontrándonos con la existencia de un nivel externo, la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a nivel interno con la jurisdicción arbitral y militar. De este modo, la Carta de 1993 no se aparta del constitucionalismo histórico, mantiene la justicia internacional de derechos humanos,¹⁹ una renovada jurisdicción gracias al Tribunal Constitucional,²⁰ y la jurisdicción arbitral y militar también ha reconocido a la justicia en materia electoral como las funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas que ejercen la función jurisdiccional en ciertas circunstancias contenidas en el artículo 149 de la Constitución de 1993.²¹ El reconocimiento constitucional de fueros especiales no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución; siempre que dichas

¹⁹ Véase el artículo 205 de la Constitución de 1993.

²⁰ Véanse los artículos 200 al 205 de la Constitución de 1993.

²¹ Véase el Expediente n.º 00002-2009-AI (fundamento jurídico n.ºs 30 a 33); véase además el artículo 178, inciso 4.

jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Por todo lo anterior, sería un error pensar que sólo los tribunales militares y arbitrales pueden ejercitar la jurisdicción, también lo hacen en materias especializadas el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional. Es así que tenemos que llegar a la conclusión de que al establecerse jurisdicción al Jurado Nacional de Elecciones y al Tribunal Constitucional, no hay unidad de la función jurisdiccional como dice equivocadamente el primer inciso del artículo 139; por lo menos, no la hay en los asuntos electorales que establecen los artículos 142, 178, inciso 4, y 181, ni en los de evaluación y ratificación de jueces de que habla el artículo 142, ni en los de acción de inconstitucionalidad y resolución definitiva de competencias constitucionales establecidos en los incisos 1 y 3 del artículo 202 de la Constitución (y podríamos entender que sí hay unidad en materia de acciones constitucionales establecidas en el inciso 2 del artículo 202, pero no porque haya unidad orgánica, sino sólo unidad procesal en la medida de que el último recurso impugnatorio de estas acciones se interpone ante el Tribunal Constitucional, órgano distinto al Poder Judicial). Finalmente, tampoco la hay con relación a las autoridades de comunidades campesinas mencionadas en el artículo 149 de la Constitución.

El último párrafo del artículo 139, inciso 1, establece que no hay proceso judicial ni por comisión, ni por delegación; sólo el juez o tribunal competente es el que personalmente tiene que llevar adelante el proceso; es decir, los legisladores no pueden encargar bajo ninguna forma a un tercero, sea o no juez, de realizar los trámites que no son de su competencia. Lo que se hiciere legislativamente violando este principio será nulo e inconstitucional por atentar contra el imperio del derecho.

Con relación a la jurisdicción militar y arbitral desde la perspectiva constitucional, el máximo intérprete de la Constitución nos dice que cualquier órgano que posea naturaleza jurisdiccional, ordinaria, constitucional y militar, debe respetar las garantías de la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, una afirmación también aplicable a los procesos arbitrales. En ese sentido, si el Fuero Militar Policial es una excepción al ejercicio de la función jurisdiccional de la judicatura, debe tenerse en cuenta que su interpretación debe realizarse de modo restrictivo y, en segundo término, que el legislador debe observar los principios propios de la administración de justicia; por eso la jurisdicción militar debe poseer iguales o mayores garantías que las ofrecidas por la jurisdicción ordinaria.²²

De acuerdo con la Constitución, el arbitraje no puede comprenderse como una institución que deje en segundo plano a la judicatura, tampoco su sustituto, sino como un medio que, complementario al judicial, para la solución de las controversias, para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional;²³ por eso se le reconoce competencia para resolver las controversias sobre materias de carácter disponible, con independencia jurisdiccional y sin intervención de autoridad, administrativa o judicial ordinaria;²⁴ sin embargo, la independencia de la jurisdicción arbitral no supone la inobservancia de la Constitución como veremos más adelante.²⁵

²² Véase el Expediente n.º 00001-2009-AI (fundamento jurídico n.ºs 22 a 24).

²³ Véase el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC (fundamento jurídico n.º 10).

²⁴ Véase el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC (fundamento jurídico n.º 14).

²⁵ «La naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso»; véase Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC (fundamento jurídico n.º 9).

C) La constitucionalización de la jurisdicción arbitral.

La jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución ha marcado la evolución de la jurisdicción arbitral, un proceso que se distingue por tres etapas; el primero de ellos es denominado como el nacimiento del llamado amparo arbitral; en segundo lugar, nos encontramos con el *self restraint* de la revisión judicial de la constitucionalidad de los laudos arbitrales para, en tercer lugar, conocer la naturaleza del proceso arbitral.

1) El nacimiento del llamado amparo arbitral.

La primera vez que se sometió a discusión el control de constitucionalidad sobre los laudos arbitrales fue en el caso *Pesquera Rodga S.A contra los miembros de un tribunal arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO PERÚ)*.²⁶ El Tribunal Constitucional dejó establecido que la posibilidad de cuestionar un laudo arbitral por medio de una acción de inconstitucionalidad, señalando que: «(...) es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un tribunal arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes, tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la *ratio decidendi* de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales pro-

²⁶ Véase Expediente n.º 0189-1999-AA.

cede o se habilita semejante cuestionamiento».²⁷ No obstante, dicha demanda de amparo fue declarada improcedente, al tratarse de una resolución emanada de un procedimiento arbitral, respetuoso del debido proceso y la tutela judicial efectiva.²⁸

2) El *self restraint* del control constitucional sobre la jurisdicción arbitral.

El *self restraint* constitucional sobre la jurisdicción arbitral surge en el caso Cantuarias Salaverry,²⁹ resolución en la que se precisó que el control constitucional de las resoluciones arbitrales procede luego de agotados los mecanismos que la Ley General de Arbitraje preveía para impugnar las decisiones de los árbitros, de lo contrario se incurriría en la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 4, del Código Procesal Constitucional. En resumen, se concibió como vías previas a los recursos de apelación y anulación del laudo arbitral.

En el caso Algamarca se reafirmó lo señalado en el caso anterior,³⁰ pero precisando, y teniendo en cuenta que la derogada Ley General de Arbitraje, la posibilidad de interponer el recurso de apelación de laudo alternativamente ante una segunda instancia arbitral si la hubiere o ante el Poder Judicial, que sólo era posible acudir directamente al proceso de amparo, cuando el recurso de apelación y anulación se interpusiera ante

²⁷ Cfr. Expediente n.º 0189-1999-AA (fundamento jurídico n.º 3).

²⁸ «El criterio referido determinó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y encontró respaldo en la Ley n.º 27053 de fecha 19 de enero de 1999, que modificando el artículo 6, inciso 2, de la vigente Ley de Habeas Corpus y Amparo n.º 23506, que estableció la improcedencia de las acciones de garantía «contra resolución judicial o arbitral emanadas de procedimiento regular», lo que *contrario sensu*, significaba que si el procedimiento (sea éste judicial o arbitral) devenía en irregular quedaba habilitado el control constitucional». Cfr. ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y Carolina CANALES. «Tribunal Constitucional y Jurisdicción Arbitral». En *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, nueva época, edición especial, n.º 4, 2011, p. 116.

²⁹ Véase el Expediente n.º 6167-2005-PHC.

³⁰ Véase el Expediente n.º 1567-2006-PA.

el Poder Judicial; de lo contrario, si el recurso de apelación se interpuso ante una segunda instancia arbitral, era necesario acudir previamente al recurso de anulación ante la judicatura, para luego iniciar el proceso de amparo. Por otra parte, se admitió la posibilidad de interponer una demanda de amparo cuando en un proceso arbitral se hayan incumplido los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y debido proceso que sean aplicables en sede arbitral; además, se habilitó la posibilidad de acudir al proceso de amparo directamente, para cuestionar la actuación arbitral por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria.³¹

Finalmente, en el caso PROIME, el Tribunal Constitucional establece cinco reglas sobre el control constitucional de la jurisdicción arbitral que citamos a continuación:

- a) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.
- b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos 2 y 3 *supra*.
- c) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione la interpretación realizada por el tribunal arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso. En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez

³¹ En el caso Corporación MEIER el Tribunal Constitucional volvió a pronunciarse sobre el tema señalando tres supuestos sobre la procedencia del control constitucional de la jurisdicción arbitral, cuando el laudo arbitral vulnera o amenaza la tutela procesal efectiva; cuando la jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsivamente; y cuando pese a aceptarse la jurisdicción arbitral voluntariamente, las materias a decidir tienen carácter indisponible o no se encuentran sujetas a negociación; véase Expediente n.º 4972-2006-PA.

constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.

- d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.
- e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.³²

Luego tener presente estas resoluciones, podemos afirmar que las reglas que establece el Tribunal Constitucional para el control constitucional de la jurisdicción arbitral nos hace ver que el ejercicio del arbitraje no se circunscribe al ámbito del derecho privado, pues la necesidad de proteger los intereses de las partes se encuentra vinculada a la debida observancia de la supremacía constitucional.

3) La naturaleza del proceso arbitral.

En la resolución del Tribunal Constitucional, conocida como caso Codisa,³³ la demanda de amparo presentada fue interpuesta antes de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, por tanto, no existía regla constitucional que impusiera el agotamiento de alguna vía previa. La regla obliga al demandante, que pretende a través del amparo a cuestionar un laudo arbitral, al

³² *Cf.* Expediente n.º 4195-2006-PA (Fundamento jurídico n.º 4).

³³ Véase, Expediente n.º 5311-2007-PA.

previo agotamiento de los recursos que la derogada Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) contemplaba, entiéndase a los recursos de apelación y anulación de laudo arbitral. El pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 142-2011-PA/TC, contiene las reglas que constituyen precedente vinculante estableciendo que el recurso de anulación, previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la derogada Ley General de Arbitraje, constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, lo que determina la improcedencia del amparo, de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional; distinta a la regla que se reconoció en los casos anteriores, que subsumían su incumplimiento en la causal de improcedencia contemplada en el inciso 4, del artículo 5, es decir, como vías previas.

Debemos tener presente que el artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071, establece que el convenio arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a esta jurisdicción, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio está relacionado. Asimismo, el convenio arbitral se extiende también a quienes pretenden derivar derechos o beneficios del contrato. De esta manera, se prevé la posibilidad que aquel tercero, al que se le extendió el convenio arbitral por alguno de los supuestos contemplados en la norma, pueda acudir directamente al proceso de amparo en busca de tutela de los derechos constitucionales que considere vulnerados con la emisión del laudo, frente a lo cual no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa, ya que no intervino en el curso del arbitraje.

5. LA VIRTUD DE LAS REGLAS CONSTITUCIONALES TAMBIÉN DEBEN ENCONTRAR EL PUNTO MEDIO

El tratamiento del control de constitucionalidad respecto de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral ha ido evolucionando en el transcurso del tiempo, siendo afianzado con distinta intensidad; por eso debemos tener presente que el arbitraje posee una doble dimensión, una subjetiva por la finalidad de proteger los intereses de las partes y una objetiva cuya finalidad es el respeto a la supremacía normativa de la Constitución; ambas interdependientes. La jurisdicción arbitral no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la actual normativa, sino que se convierte en sede jurisdiccional con derechos de autonomía y respetuosa de los derechos y libertades.³⁴

La posibilidad de interponer demandas de amparo contra laudos arbitrales se recoge en lo dispuesto en la duodécima disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071, en el sentido de que entiende al recurso de anulación del laudo como una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo. No obstante, al finalizar el cuestionamiento en sede judicial, a través del recurso de anulación del laudo, y habiendo obtenido una resolución judicial firme contra ésta, se podrá iniciar un proceso de amparo, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Si la Constitución de 1993 reconoce a la institución del arbitraje como una jurisdicción independiente de la judicatura, conforme al artículo 139, inciso 1; y, debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional, es consecuencia necesaria que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, también pueda ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral. No obstante, como un contra peso

³⁴ Véase el Expediente n.º 06167-2005-HC (fundamentos jurídicos n.ºs 5 a 7, 10 y 11).

a esta afirmación, se señala que en los casos que se alegue un indebido ejercicio del control difuso se podrá recurrir al proceso de amparo, sin necesidad de acudir previamente a la judicatura a través del recurso de anulación de laudo arbitral. Con base a todo lo anterior, es necesario que el supremo intérprete de la Constitución establezca lineamientos claros en el arbitraje, que eviten que los controles judicial y constitucional dilaten la ejecución del laudo arbitral que lo termine desnaturalizando; especialmente cuando se trata de una institución percibida con interés por los ciudadanos interesados en resolver las controversias que puedan afectarles en el futuro.³⁵

³⁵ Véase, SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Presentación». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, Lima, 2005, n.º 1, pp. 7-8.

VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL ARBITRAJE
Oswaldo Hundskopf Exebio

VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL ARBITRAJE¹

*Oswaldo Hundskopf Exebio**

Sumario: 1. Nueva nomenclatura.— 2. Iniciación del arbitraje.— 2.1. Nuevo orden de prelación de la normatividad supletoria.

Luego de escuchar la Conferencia Magistral del doctor Antonio Lorca Navarrete sobre «La prueba en el arbitraje» y como panelista complementario, me corresponde referirme a la Valoración de los Medios de Prueba dentro del marco de la Ley Peruana de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo n.º 1071, en adelante simplemente LA, vigente en nuestro país desde el 1 de septiembre de 2008, conforme a su Tercera Disposición Final.

Para abordar adecuadamente el tema que se me ha asignado, considero pertinente referirme a tres importantes y significativas innovaciones relacionadas con éste, a propósito de la relativamente nueva normatividad contenida en la LA, y que no pueden dejar de resaltarse, siendo ellas las siguientes:

¹ Ponencia presentada en la Sesión del 18 de mayo de 2012, en el Congreso Intercontinental de Arbitraje, organizado por el Instituto de Arbitraje-Perú.

* Por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo y Doctor en Derecho con estudios especializados en Derecho Comercial en la Universidad de Salamanca, España; y estudios de postgrados en comercio internacional en ESAN.

1. NUEVA NOMENCLATURA

El tema de los medios de prueba y de su valoración, forma parte de la regulación contenida en el Título IV de la LA, el cual se denomina «Actuaciones Arbitrales», siendo necesario advertir, por ello, que a lo largo de su articulado, no se hace referencia al «proceso arbitral», (salvo una excepción accidental que es la que está en el inciso b), numeral 2 del artículo 47) ni al «procedimiento arbitral»; ni tampoco se hace referencia o mención alguna al «expediente arbitral», sino que tan sólo se habla de actuaciones arbitrales, con lo cual se está marcando una distancia y se está delimitando un espacio propio para el arbitraje.

Ahora bien, esta denominación genérica de «actuaciones arbitrales», no es casual, y como bien menciona Franz Kundmüller² está fundada en la doctrina y, en especial, en la práctica arbitral, y obedece a la forma en que se utiliza el arbitraje como un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias, y donde, en general, la autonomía de la voluntad inspira la conformación del convenio arbitral y condiciona el desarrollo del *iter* arbitral.

Si bien puedo entender que la autoridad de los árbitros no es equivalente a la autoridad de los jueces, ni a la de las autoridades administrativas, en cada uno de los procesos judiciales, éstos concluyen con una sentencia emitida por el juez competente, y en el caso de los procedimientos administrativos, éstos terminan con una resolución de la autoridad igualmente competente, concurriendo en ambos casos, una serie de principios y derechos que sustentan el debido ejercicio del poder estatal.

Actualmente, en el caso específico del arbitraje, existe una secuencia o sucesión de fases que se inicia con la petición del arbitraje, que pasa

² KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Comentario al artículo 33 de la LA», que aparece en el tomo I, p. 383 de la obra colectiva *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, enero 2011, 1.ª Ed.

necesariamente por una etapa postulatoria y, de ser necesaria, por una de actuación probatoria, para luego de evaluar los alegatos escritos y orales, concluir con la expedición de un laudo que expresa la decisión del tribunal, a la que se arriba después de haber considerado los argumentos de las partes, luego de haber analizado minuciosamente los fundamentos invocados por ellas, y de haber valorado los medios probatorios ofrecidos y aceptados de manera definitiva, y con la motivación exigida por el inciso 1 del artículo 56 de la LA, poner fin con el laudo a una controversia para cuya solución, ambas partes se han sometido, razón por la cual, si bien la intencionalidad del legislador fue alejarse de la nomenclatura tradicional, a mi modo de ver, el arbitraje no deja de ser un tipo de proceso, pero con características especiales.

2. INICIACIÓN DEL ARBITRAJE

A diferencia del proceso judicial que técnicamente se inicia con la interposición de la demanda, en el caso del arbitraje, conforme al artículo 33 de la LA, salvo que hubiere acuerdo distinto de las partes, las denominadas actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia, se inician en la fecha de recepción de la solicitud o petición que hace únicamente una de las partes, para someter la solución de ésta al arbitraje, fecha que es de singular importancia para los efectos del cómputo de plazo para laudar y, en general, para el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad.

No es, por consiguiente, necesario que el tribunal arbitral se encuentre integrado y que se haya instalado, o que formalmente se haya expedido una resolución declarando formalmente iniciado el arbitraje, para que se conozca con absoluta precisión, el momento en que se entiende iniciado el arbitraje.

Sin duda, este tema puede ser objeto de discusión y/o de cuestionamiento, pero a mi modo de ver, resulta absolutamente necesaria la

precisión que ha hecho el artículo 33 de la LA, pues corrige una incertidumbre derivada del propio marco legal normativo anterior, marcando distancia con el proceso judicial y con el procedimiento administrativo.

Adicionalmente, dicha precisión está reforzada por la Octava Disposición Complementaria de la LA, en la cual se establece que para los efectos de lo dispuesto en los artículos 1334 y 1428 del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda, se entenderá en materia arbitral, a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje; y por la Novena Disposición Complementaria, en la cual se establece que, comunicada la solicitud de arbitraje, se interrumpe la prescripción de cualquier derecho a reclamo sobre la controversia que se propone someter a arbitraje, siempre que llegue a constituirse el tribunal arbitral. Asimismo, se señala que queda sin efecto la interrupción de la prescripción, cuando se declara nulo un laudo, o cuando de cualquier manera prevista en la LA, se ordene la terminación de las actuaciones arbitrales, siendo nulo todo pacto contenido en el convenio arbitral destinado a impedir los efectos de la prescripción.

2.1. Nuevo orden de prelación de la normatividad supletoria

Conforme al artículo 34 de la LA, las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones y, a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, le corresponde al tribunal decidir las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta la circunstancia del caso, así como la norma a través de la cual ha quedado consolidado el principio de la autonomía e igualdad de las partes para establecer libremente las reglas de arbitraje.

Asimismo, conforme al inciso 2 del mencionado artículo, el tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad, y darle a cada una de ellas las suficientes oportunidades para hacer valer sus derechos, lo cual constituye una obligación de carácter imperativo y que se deriva del propio convenio arbitral, de tal modo que su transgresión podría ser causal

de anulación del laudo arbitral. En otras palabras, es una igualdad arbitral que nace del propio convenio, el cual debe ser siempre equilibrado y no favorecer a ninguna de las partes, razón por la cual, le corresponde a los árbitros darle a las partes las mismas oportunidades para explicar sus posiciones, argumentos y fundamentos legales.

Adicionalmente, conforme al inciso 3 del mencionado artículo 34, si no hubiere disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria las normas de la LA, y si no hubiere norma aplicable en dicho cuerpo legal, el tribunal arbitral podrá recurrir según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

Vemos, pues, que hay un marcado alejamiento de las reglas del Código Procesal Civil, pues en el orden de prelación anteriormente mencionado y en el caso de no existir disposición aplicable pactada libre y voluntariamente por las partes, se debe aplicar supletoriamente la LA, y si ésta no cuenta con disposiciones puntuales, se deben aplicar los usos y costumbres en materia arbitral, que en buena cuenta se refieren a un conjunto de buenas prácticas, medidas y disposiciones que han recibido la aceptación generalizada de los interesados en el funcionamiento del arbitraje, y que, por lo tanto, tienen vocación de respeto y de inviolabilidad.

En efecto, ahora hay una importante precisión con respecto a la normatividad que regía anteriormente al arbitraje, al establecerse un orden de prelación que excluye la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, con lo cual ya no se puede interpretar la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil, que anteriormente se invocaba, en la que se señala textualmente que «sus disposiciones se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza».

En otras palabras, por una inadecuada interpretación de la mencionada disposición, se consideraba, equívocamente, que en defecto de normas, eran aplicables a los procesos arbitrales, las instituciones del Derecho Procesal Civil, lo que equivalía a una «judicialización del arbitraje», asimilándolo a una suerte de «hijo putativo» del proceso judicial, desnaturalizando lo que en esencia debe ser una alternativa consensuada para la resolución de conflictos sobre derechos disponibles.

Gracias a la autonomía del arbitraje consagrada en los artículos 34 y 37 de la LA, el arbitraje se ha posicionado como un mecanismo autónomo de solución de controversias en forma rápida, eficaz y eficiente, alternativo frente al proceso civil.

Siguiendo a Hugo Morote,³ ahora hay roles diferenciados que le corresponde asumir a la LA y al Código Procesal Civil, como estructuras procedimentales que responden a contextos y reglas distintas, por diferencias que se originan en la naturaleza misma de cada uno de estos mecanismos de solución de conflictos.

Mientras que la estructura arbitral se sustenta en el acuerdo de voluntades de las partes y en el poder discrecional de los árbitros, que permiten una efectiva capacidad de adaptación y control sobre las reglas del proceso conforme lo requiera cada conflicto de intereses, en el proceso civil estamos ante una estructura diseñada por el Poder Público para todos los justiciables de la sociedad, donde las reglas procedimentales son imperativas para todo proceso, con una vocación centralizada para impartir —por mandato constitucional— justicia a toda la sociedad.

³ MOROTE, Hugo. Comentario al artículo 37 en el tomo I de la obra colectiva *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, editada por el Instituto Peruano de Arbitraje, primera edición, 2011, p. 415.

En opinión de Morote,⁴ con la cual coincido plenamente, «qué duda cabe de que la LA marca un hito en la autonomía de una estructura procesal arbitral autosuficiente, con instituciones propias, adaptables a la flexibilidad y a la libertad concedida a las partes y a los árbitros para autorregular un mecanismo de solución de conflictos que, como el arbitraje, es el que mejor responde a las necesidades de los agentes económicos en un mundo globalizado».

Entrando ya al tema que se me ha designado, debo partir por destacar que en el artículo 38 de la LA, se señala expresamente que las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones, en el curso de las actuaciones arbitrales incluyendo la fase de valoración de los medios probatorios ofrecidos y aceptados, y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.

Como se sabe, la buena fe constituye uno de los principios formativos básicos de todo proceso, y se manifiesta en el mutuo respeto que se deben las partes entre sí, así como la lealtad en el debate. Ahora bien, en el caso específico del arbitraje, la exigencia de la buena fe tiene una particular significación debido al componente contractual que tiene esta jurisdicción, ya que la propia decisión de alejarse de la jurisdicción ordinaria, la fijación de la materia de la controversia, la designación de los árbitros y la elección de reglas procesales, se basan en la voluntad común de las partes, la misma que ha quedado evidenciada en el convenio arbitral.

Opuesto a la buena fe, está la mala fe de las partes, que viene a ser la conducta mal intencionada, maliciosa o temeraria de un sujeto procesal que busca causar perjuicios por medio de la utilización de herramientas procesales, tales como la interposición de recursos impugnatorios meramente dilatorios, tachas, oposiciones y nulidades que tienden a entorpecer el curso del arbitraje.

⁴ MOROTE, Hugo. *Op. cit.*, p. 422

En el tema específico de la fase probatoria, Adrián Simons,⁵ en la Primera Conferencia de Arbitraje organizada por el Instituto Peruano de Arbitraje, enunció una serie de supuestos de conductas de mala fe que suelen darse en la práctica, las que cito a continuación, utilizando su misma terminología:

- Prueba «sorpresa»: mantener oculta una prueba y ofrecerla de manera extemporánea, afectando la igualdad en el proceso arbitral y el derecho a la defensa y así pretender modificar el objeto del proceso fijado.
- Salir de «pesca» en materia probatoria: por ejemplo, pedir la exhibición de documentos de manera indiscriminada y abstracta.
- Interrogatorios maliciosos. Esto puede manifestarse de diversas maneras: excesivo número de preguntas, preguntas insidiosas, ataques al testigo o declarante y preguntas sobre hechos inexistentes para descalificar al declarante.
- Pericias «bambas o truchas». Uso de «expertos» que carecen los conocimientos o calificaciones requeridos para emitir opinión sobre una determinada rama científica o artística.
- Obtención de pruebas violando derechos fundamentales. Por ejemplo: interceptaciones telefónicas.
- Solicitud de pruebas imposibles o «pruebas diabólicas». Pedir acreditar hechos negativos.

⁵ SIMONS PINO, Adrián. «La buena fe y la actividad probatoria en el arbitraje». Exposición efectuada en la Primera Conferencia Anual de Arbitraje del Instituto Peruano de Arbitraje.

- Cuestionamiento de prueba documental por falsedad sin contra-prueba. Cuestionar la copia de un documento sólo por carecer del original.
- Ofrecimiento de prueba abundante no relevante.
- Uso de prueba no idónea. Por ejemplo, pretender acreditar la lucidez de una persona con una declaración testimonial.

Para Roxana Jiménez,⁶ temeridad y mala fe procesal, son pues, conceptos que si bien tiene matices que los distinguen, suelen ir juntos, complementándose, pues en ambos se da la existencia de una voluntad y conciencia del sujeto procesal (cualquiera que fuere, ocupando la parte demandante o la demandada) acerca de la falta de fundamento de su posición de fondo (temeridad) o de forma, lo que implica un actuar de espalda a la buena fe.

En la parte final del mencionado artículo 38, se establece que las partes están obligadas a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje, obligación que está estrechamente vinculada con la actuación de las partes con sujeción al principio de buena fe. La falta de colaboración en el proceso constituye una inconducta, que al igual que toda conducta de mala fe procesal configura un abuso procesal.

Airasca Ivana⁷ citada por Jiménez Vargas Machuca, afirma que hay abuso procesal en la actividad probatoria cuando se lesiona el deber de colaboración entre las partes en pos de obtener una solución justa en cada caso y desentrañar la verdad objetiva y real de los hechos.

⁶ JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. «Comentario al artículo 38 de la Ley de Arbitraje» que obra en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, editado por el Instituto Peruano de Arbitraje, enero 2011, 1.^a Ed., tomo I, p. 437.

⁷ AIRASCA, Ivana, citada por Roxana Jiménez... *Op. cit.* p. 441.

A su vez, Juan Vallejos,⁸ también citado por Jiménez Vargas Machuca, señala que «Si bien el deber de lealtad, probidad y buena fe se proyecta en todo el proceso, en materia probatoria es concurrente con otro deber que podríamos llamar corolario de aquél, el de colaboración. Aclaremos que el deber de colaboración tampoco es monopolio de la actividad probatoria, al contrario, se manifiesta a lo largo de todo el proceso, pero es en materia probatoria donde cobra mayor importancia».

En consideración a lo expuesto, es función de los árbitros, cautelar la observancia del principio general de la buena fe, así como la buena fe procesal que importa un deber de conducta leal, con un contenido eminentemente ético a lo largo de todo el proceso. Asimismo, como bien señala Jiménez Vargas Machuca,⁹ el principio de solidaridad y el deber de cooperación con los fines públicos son los ejes del proceso civil moderno, que incluye el arbitraje, pues lo relevante es alcanzar la finalidad del proceso, para lo cual se cuenta con reglas procedimentales claras, que deben respetarse, a fin de que el proceso se centre fundamentalmente en la actividad probatoria y el análisis jurídico.

Para dicha jurista, una nada desdeñable ventaja del arbitraje, es que las reglas procedimentales pueden ser establecidas consensualmente por las partes y/o por el tribunal arbitral, lo que puede lograr un proceso ágil, flexible y a medida, ventaja, que bien aprovechada, puede facilitar el desarrollo sin trabas del proceso, y proveer de mejores herramientas a los árbitros, para evitar el abuso procesal de las partes.

Respecto a la presentación de los medios probatorios, el inciso segundo del artículo 39 establece que las partes, al presentar su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

⁸ VALLEJOS, Juan, citado por Roxana Jiménez.. *Op. cit.* p. 441.

⁹ JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana ... *Op. cit.* Pp. 442-443.

Sobre dicho postulado, Fausto Viale¹⁰ observa que con un criterio de amplitud y flexibilidad la citada norma permite a las partes aportar, desde un primer momento todos los documentos pertinentes a su defensa, pudiendo, sin embargo, sólo hacer referencia a los mismos o a otras pruebas que, posteriormente, vayan a proponer, lo cual considera atinado. Es pertinente señalar que dicha norma debe ser concordada con el artículo 43, inciso 1 de la LA, la cual autoriza al tribunal arbitral a determinar, de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y a ordenar, en cualquier momento, la presentación o actuación de las pruebas que estime necesarias.

En cuanto a las audiencias arbitrales, el artículo 42 de la LA, establece que el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán sólo por escrito. Indica, además, que el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrará audiencia.

En ese mismo sentido, Cantuarias Salaverry¹¹ comenta que «los árbitros son los directores del procedimiento y a ellos les corresponderá decidir, salvo pacto en contrario de las partes, si se requerirá la celebración de audiencias para la presentación de pruebas o si las actuaciones se substanciarán sobre la base de escritos y demás pruebas».

Como ya hemos mencionado, conforme al ya citado artículo 43, el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, y para orde-

¹⁰ VIALE SALAZAR, FAUSTO. «Comentario al artículo 39 de la Ley de Arbitraje», que obra en el tomo I, p. 451 de la obra colectiva *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, enero 2011, 1.ª Ed.

¹¹ CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: UPC, 2007, 1.ª Ed., p. 132.

nar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

Asimismo, señala que el tribunal arbitral está facultado para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas según las circunstancias del caso.

Como bien anota el profesor Lorenzo Zolezzi¹² la LA, establece el principio de libertad de prueba, es decir, casi no contiene regulaciones sobre la prueba y citando a Michele Taruffo, las que existen, se refieren a cuatro temas:

- a) La admisión de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevantes de los que dispongan;
- b) La formación de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye en el proceso y fuera de él;
- c) La valoración de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión;
- d) La elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en la que la libertad significa que el juez puede buscar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que debe fundamentar el juicio de hecho.

¹² ZOLLEZZI IBÁRCENA, LORENZO. «Comentario al artículo 43 de la Ley de Arbitraje» que obra en el tomo I, pp. 512 y 513 de la obra colectiva *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, enero 2011, 1.^a Ed.

Ahora bien, el hecho de que se haya adoptado por el principio de libertad de prueba, no significa que no existan otras normas adicionales al artículo 43 que señalen derroteros al tribunal arbitral, y que, por lo tanto, estén encaminadas a lograr el avance del proceso arbitral, no existiendo una enumeración de pruebas que se puedan presentar, ni sobre la manera en que deben actuarse, y menos aún sobre la manera cómo deben ser evaluadas. Tales normas son las siguientes:

En el artículo 7, inciso 2, se precisa que «Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia».

- En el artículo 39, inciso 2, se dice que «Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer».
- En el artículo 42 se establece que «El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito».
- El artículo 44 desarrolla íntegramente la prueba de peritos.
- El artículo 45 está dedicado a la colaboración judicial para la actuación de pruebas.
- El artículo 46 califica de parte renuente a aquélla que no presente pruebas, y dispone que el tribunal arbitral puede continuar las actuaciones y dictar el laudo «con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición».

Adviértase que, a diferencia del artículo 37 de la anterior Ley de Arbitraje n.º 26572 en la que se señalaba que el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia y valor de las pruebas. En la LA se le ha añadido como una atribución del Tribunal, además de las ya enunciadas, determinar la actuación de las pruebas, hecho que resulta importante para facilitar el desarrollo del proceso arbitral y acelerar su rápida solución.

En cuanto a la admisión de la prueba a que se refiere el artículo 43, ésta tiene que interpretarse en el sentido del tiempo de su ofrecimiento o incorporación en relación con la oportunidad de su presentación.

Respecto a la pertinencia, ésta se refiere a que los medios probatorios deben referirse a los hechos que sustentan la pretensión y queda a discreción del tribunal, proceder con discrecionalidad cuando considere que los medios probatorios ofrecidos se refieran a hechos no controvertidos, lo que hará que éstos sean considerados no pertinentes.

Como bien señala el profesor Zolezzi,¹³ al permitirse a los árbitros decidir acerca de la pertinencia de los medios probatorios sin existir norma alguna que regule en detalle, conforme lo hace el artículo 190 del Código Procesal Civil para los procesos judiciales, podría ser posible, en teoría, que los árbitros admitan medios probatorios referidos a hechos no controvertidos, imposibles, notorios, públicos, afirmados por una de las partes y admitidos por la otra, así como a hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario, razón por la cual debe entenderse que la libertad probatoria consagrada en el LA, no puede conducir a situaciones irracionales o reñidas con el sentido común.

Sobre la actuación de la prueba al establecerse el criterio de libertad anteriormente mencionado, y al establecerse de manera explícita cuáles son las normas supletorias aplicables al arbitraje, entre las cuales no se encuentran las normas del Código Procesal Civil, no le son de aplica-

¹³ ZOLEZZI. *Op. cit.*, p. 516.

ción el detalle de la actuación de los medios probatorios tal y como está regulado en el artículo 208 de este último cuerpo legal.

Por último, respecto a la valoración de la prueba conforme al artículo 43 se aplica el principio de libre valoración, al igual que lo hacía el artículo 37 de la Ley n.º 26572, y contiene además, la facultad del tribunal para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estimen necesarias, es decir, ordenar pruebas de oficio y contiene, asimismo, la facultad de prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas según las circunstancias del caso.

Sobre la valoración de las pruebas, es pertinente citar al profesor Matheus,¹⁴ quien señala que la valoración probática es el juicio de aceptabilidad de los resultados probatorios, el cual consiste en evaluar la veracidad de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba, atribuyendo a los mismos un determinado valor en la convicción del juzgado sobre los hechos pasados y controvertidos.

En tal sentido, al señalar la LA que los árbitros tienen la facultad para determinar de manera exclusiva el valor de las pruebas, establece expresamente un amplio margen de actuación al órgano arbitral en materia probática, por lo cual, sí existe un proceso en el que necesariamente deba regir el modelo de libre valoración, y ése es el proceso arbitral.

Para el profesor Zolezzi,¹⁵ un sistema de libertad absoluta de prueba como el consagrado en el artículo 43 de la LA, podría hacer pensar que es proclive a fomentar la arbitrariedad del juzgador; sin embargo, ella no es posible cuando existe un estándar para controlar su actividad y, en particular, su decisión, la cual, debe ser motivada.

¹⁴ MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Introducción al Derecho de Arbitraje*. Lima: Semper Veritas Edición SAC, 2006, 1.ª Ed., p. 159.

¹⁵ ZOLEZZI. *Op. cit.*, p. 521.

Igualmente, considera que la libertad probatoria encuentra un límite en la noción de interdicción de la arbitrariedad, y para sustentar su afirmación, recurre a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 6167-2005, el cual contiene el siguiente párrafo: «El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales en el marco vinculante al derecho del debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, por cuanto, si así no ocurriese, será nulo e impune todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31 de la carta fundamental. Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes».

Finalmente, en el artículo 44 de la LA se establece que el tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y que, asimismo, requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.

Adicionalmente, en su inciso 2 se establece que después de presentando el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes directamente o asistidas por peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Por último, en su inciso 3 establece que las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.

Considero que dentro del proceso arbitral, la prueba pericial cumple un rol fundamental, pues es actuada por medio de un experto en temas que no necesariamente son dominados por el tribunal, razón por la cual su opinión colabora con la evaluación de los hechos controvertidos, aportando para ello su conocimiento especializado y particular, sobre los tecnicismos que podrían encontrarse dentro de los hechos del caso.

Huáscar Ezcurra,¹⁶ al comentar el artículo 44 de la LA considera que sería un tremendo error pretender restringir o limitar la prueba pericial en un proceso arbitral a un pronunciamiento sobre un hecho concreto, aplicando para esa finalidad el Código Procesal Civil. Para dicho jurista, es fundamental comprender que en el proceso arbitral la flexibilidad y la amplitud de la actuación probatoria, son la regla y la limitación de la actuación probatoria; es la excepción a diferencia del proceso civil ordinario en el cual las reglas generales son los procedimientos estrictos para el ofrecimiento de pruebas y para su actuación.

Conforme lo puntualiza el mencionado artículo 44, los peritos pueden ser asignados por el mismo tribunal o por las partes, siendo los primeros peritos de oficio y los segundos peritos de parte. Obviamente, debe prevalecer ante todo la condición de experto y de profesional especializado y, por lo tanto, sus informes, dictámenes u opinión constituyen importantes colaboraciones que el tribunal sabrá ponderar y merituar.

¹⁶ EZCURRA RIVERO, Huáscar en comentario al artículo 44 de la Ley Peruana de Arbitraje, obra colectiva editada por el Instituto Peruano de Arbitraje, tomo I, p. 525.

Para concluir, y por todo lo expuesto, no cabe duda de que la regulación arbitral, en general, y específicamente sobre las pruebas y su actuación, reposa en una libertad plena e irrestricta concedida por la propia normatividad jurídica y, por lo tanto, con ello se ha independizado y distanciado del proceso judicial ordinario.

Lima, 18 de mayo de 2012

EJECUCIÓN DE LAUDOS: ENTRE LA LEY
ESPECIAL Y LA ORDINARIA

Marianella Ledesma Narváez

EJECUCIÓN DE LAUDOS: ENTRE LA LEY ESPECIAL Y LA ORDINARIA

*Marianella Ledesma Narvéz**

Sumario: 1. Preliminares.— 2. Escenarios posibles para la ejecución.— 2.1. En el propio procedimiento arbitral.— 2.2. En el procedimiento judicial.— 2.3. Tratamiento de la ejecución en la jurisdicción.— 3. Conclusiones.

1. PRELIMINARES

Cuando un árbitro pretende dilucidar una situación conflictiva, requiere de una actividad previa, cual es, el conocer los hechos de la controversia para luego definir el derecho. Esta fase de cognición previa, puede desarrollarse por caminos más amplios o más reducidos. Ello dependerá del diseño procesal que las partes quieran asumir, al margen de que el arbitraje sea ad-hoc o institucional.

El objeto de este artículo pasa por afirmar que no es suficiente tener una declaración en la que los árbitros definan el conflicto, sino que se requiere —en esencia— que lo ya definido encuentre una real materialización, bajo los términos que los árbitros han fijado para el caso concreto.

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Juez Supernumerario en lo Civil de Lima, Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Lima.

Definir un conflicto requiere de dos etapas fundamentales, la primera busca conocer los hechos para luego concluir declarando el derecho. La segunda, está marcada por la fase de la ejecución. En ella se busca materializar lo ya declarado en la cognición y lo apreciamos bajo dos situaciones. La que busca la ejecución de un laudo de condena, que contiene obligaciones por satisfacer y la que busca publicitar lo ya declarado a través de un laudo declarativo y constitutivo. Lo fundamental es que en este último caso, no hay ninguna condena que contenga obligaciones por satisfacer, sino que hay meras declaraciones que afirman situaciones preexistentes y que requieren de un especial reconocimiento, como sería el caso de la interpretación de una cláusula contractual en la que se ha pactado convenio arbitral; o la existencia de laudos que pueden llegar a alterar o modificar una relación jurídica existente para transformarla, a partir de la declaración que hacen los árbitros, en otra situación jurídica. Véase al respecto, el caso de la resolución del contrato por inexecución de prestaciones.

En los laudos de condena, que contienen obligaciones, se asocia la idea de «satisfacción» o materialización de esas obligaciones. Esto presupone derechos ya definidos, de manera cierta, expresa y exigibles; sin embargo, la gran preocupación que aparece en la ejecución de los laudos, es cómo materializar u obtener la satisfacción de lo definido en el laudo.

Aquí concurren dos alternativas: que el condenado cumpla voluntariamente con el contenido de la condena o que se recurra al uso de la fuerza para vencer su resistencia o renuencia y lograr así la materialización de lo declarado en el laudo.

En esta última alternativa, la jurisdicción ordinaria va a hacer uso de sus poderes, como es la *executio*, a fin de vencer la resistencia del obligado y materializar las obligaciones de la condena; sin embargo, no siempre los laudos de condena, requieren el uso de «fuerza» para su ejecución, puede también haber ejecución sin fuerza. En este último

caso, podemos referirnos al empoderamiento que hacen las partes a los árbitros para materializar la ejecución por voluntad de las partes; esto es, las partes facultan a los árbitros la posibilidad que éstos ejecuten sus laudos, hasta un límite que no requieran fuerza (*vis compulsiva*). Siendo ésta la condición, el no uso de la fuerza, los árbitros recurrirán a mecanismos extrajudiciales que permitan garantizar el cumplimiento de la obligación.

Ejecución de laudos de condena	
Voluntarios	
No voluntarios	a) Con fuerza b) Sin fuerza

Lo expuesto líneas arriba nos lleva a sostener que el «**poder**» de ejecución se relaciona con la fuerza, con la coerción, pero tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aun de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que éste se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito (título ejecutivo extrajudicial).

El «proceso» de ejecución es el mecanismo que se utiliza para lograr la satisfacción o materialización de la obligación contenida en el título, en un escenario de garantías y de exigencias a través de la fuerza, en el caso que opere en el escenario judicial. La «facultad» de ejecución, permite el empoderamiento que hacen las partes del árbitro, a quien delegan no sólo el poder para que defina el conflicto, sino que éste pueda además ingresar a la ejecución de lo que defina. Esta facultad es la expresión del ejercicio de la autonomía privada de voluntades, la misma que va a tener una limitante, cuando requiera recurrir a la fuerza para doblar la resistencia del obligado.

Bajo ese supuesto, será inoperante y sin éxito la ejecución del laudo en sede arbitral, por tanto, no habrá más alternativa que recurrir al poder de la jurisdicción para el ejercicio de la *vis compulsiva*.

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

2. ESCENARIOS POSIBLES PARA LA EJECUCIÓN

2.1. *En el propio procedimiento arbitral*

El elemento fundamental para que pueda activarse la ejecución del laudo en el escenario arbitral, es la existencia de una declaración expresa de voluntad, que hacen ambas partes, para facultar a los tribunales arbitrales a continuar con la ejecución.

Eso significa que los árbitros no sólo se deben limitar a conocer los hechos y declarar el derecho, sino que tratándose de prestaciones de condena que encierran obligaciones, también deben procurar la satisfacción de lo declarado, pues, las partes les han facultado continuar con esa misión. La base legal la encontramos en el artículo 67.1 del Decreto Legislativo n.º 1071, cuyo texto dice:

A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.¹ (Lo subrayado es nuestro).

¹ Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Artículo 72.- Fin del proceso: se dará por culminado el proceso y, en consecuencia, los árbitros cesarán en sus funciones con la emisión del laudo por el que se resuelve de manera definitiva la controversia, y,

Las facultades de ejecución no es un tema novedoso para la legislación especial vigente. Ella aparecía ya regulada en el artículo 9 de la derogada Ley n.º 26572, cuyo texto decía:

El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. (...) El convenio arbitral puede (...) establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada. (Lo subrayado es nuestro).

Estas facultades de ejecución permitirán que los árbitros diseñen algunas estrategias para cumplir a cabalidad con la misión encomendada, como el requerir cartas fianzas para garantizar el cumplimiento de la pretensión dineraria; o pedir ser mandatario de las partes, para realizar en su nombre la futura obligación de hacer, materia de la controversia; todo ello estará permitido por ser perfectamente disponible y porque es la expresión de la voluntad de las partes, como mecanismo para ingresar a la pronta ejecución (entiéndase satisfacción) de lo que se va a decidir en el laudo.

Se debe precisar, además, que esta actividad de los árbitros va a tener un tratamiento especial en cuanto a los honorarios de los árbitros. Si bien el artículo 72.5 del Decreto Legislativo n.º 1071 considera que el tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo; en caso de ejecución arbitral, de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, podrán liquidarse honorarios adicionales.

en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de la facultad otorgada a los árbitros de ejecutar el laudo arbitral.

También culminará el proceso si los árbitros comprueban que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

La delegación de facultades a los árbitros va a permitir la ejecución del laudo bajo dos fases. La primera, que se iniciará en sede arbitral, y la segunda, que continuaría en sede judicial.

La ejecución del laudo en sede arbitral puede requerir de un procedimiento especial, el mismo que se agotará cuando, «a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública». (Ver artículo 67.2 del Decreto Legislativo n.º 1071).

Esto significa que los árbitros, a pesar de contar con facultades de ejecución, pueden éstos «**a su sola discreción**» cesar su intervención, sin necesidad de realizar actos previos y de evidencia objetiva que permitan afirmar que no podían continuar con la ejecución encomendada. Véase el caso en el que se ha dispuesto como parte de la condena del laudo, la entrega de determinada maquinaria pesada a la parte vencedora, la misma que se encuentra en poder del demandado en un almacén determinado. Los árbitros podrían «inferir», que pese al pedido formulado al vencido, en el propio procedimiento arbitral para la entrega de las máquinas, la renuencia reiterada del demandado a cumplir voluntariamente con la entrega, llevaría a inferir que se va a requerir el uso de la fuerza para vencer la resistencia de la obligada; fuerza que se va a expresar en el uso de apremios como el descerraje del inmueble donde se ubiquen los bienes y la extracción de las máquinas.

Si los árbitros realizan una proyección de que se requeriría «fuerza» para materializar el laudo, se puede llegar a colegir que la fuerza no es un atributo del que gocen éstos, y eso no haría viable que éstos continuaren con la ejecución; todo lo contrario, la *executio* se constituye como uno de los poderes de la jurisdicción, a la que se tendría que recurrir inevitablemente.

La ejecución se inicia en sede arbitral y continúa en sede judicial. Como dice el artículo 67.2 del Decreto Legislativo n.º 1071, si los árbi-

tros deciden cesar en sus funciones, «se entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución». (Lo subrayado es nuestro).

Esta ejecución en sede judicial, constituye la segunda fase de la ejecución. La primera ya se inició ante los propios árbitros, pero, lamentablemente, al no haber sido exitosa porque se requería fuerza para vencer la resistencia del condenado es que se opta por continuar la ejecución en sede judicial. El problema que se presenta aquí es determinar si la redacción del texto del artículo 67.2 del Decreto Legislativo n.º 1071 agota la competencia de los árbitros, o ésta se suspende hasta que la jurisdicción ordinaria cumpla con el mandato de ejecución dictada en sede arbitral.

Bajo una lectura textual de la norma, podemos decir que concurren dos posiciones en su interpretación. Una de ellas, sostiene que la intervención arbitral cesa definitivamente y la parte vencedora con el laudo puede recurrir a la jurisdicción ordinaria para la ejecución del laudo, tal como expresamente lo señala la ley especial (artículo 67.2 del Decreto Legislativo n.º 1071).

La otra posición asume que esta intervención de la jurisdicción es transitoria y focalizada, con el fin lograr el acto resistido que se pide ejecutar, pues, la competencia para la ejecución del laudo está reservada para materializarse en el arbitraje, por tanto, realizado el acto concreto resistido, debe continuarse la ejecución en el escenario arbitral. Esto significaría que una vez que se ha materializado el acto resistido (en el ejemplo sería la entrega de las maquinarias), la continuación de la ejecución podría ser asumida por los propios árbitros.

El argumento para esta última situación no sólo es el respeto a la declaración de la voluntad de las partes, sino a que en el propio procedimiento, la ley especial ha asumido otros supuestos de vinculación con la

jurisdicción, sin que ello signifique la renuncia a la competencia arbitral, como sería el caso de las tutelas urgentes en las medidas cautelares.

Aquí la jurisdicción asume un rol complementario que no sólo puede limitarse a la tutela cautelar, sino que también debe ser extensiva a la tutela ejecutiva, para materializar con éxito la ejecución forzada del laudo. El argumento central que refuerza esta alternativa es que la ley especial textualmente señala que la jurisdicción interviene para lograr que se cumpla el «mandato de ejecución».

En igual forma, cuando los árbitros piden apoyo para efectivizar sus mandatos cautelares, la intervención se concretiza para el acto especial, el «mandato cautelar»; pero continúan los árbitros asumiendo la competencia en el arbitraje. Lo que la jurisdicción hace, no es asumir la competencia sino complementar la eficacia de lo decidido en sede arbitral, recurriendo para ello al uso de la fuerza, que sólo se puede ejercer a través de los órganos jurisdiccionales.

Frente a estas dos disyuntivas, la tendencia se orienta a privilegiar el mandato legal del texto del artículo 67.2 del Decreto Legislativo n.º 1071 que dice:

[...] cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

Si la idea es que la ejecución arbitral truncada en su escenario originario requiere de la intervención de la jurisdicción para los efectos de la ejecución, la reflexión siguiente se orienta a dilucidar el procedimiento a seguir y la normatividad a aplicar. Decimos ello, porque existen dos referentes legales que regulan la ejecución del laudo. Las reglas del Código Procesal Civil que guían el proceso único de ejecución y las reglas del Decreto Legislativo n.º 1071 (norma especial) que regula la ejecución

judicial del laudo. Si bien, en ambos casos, se busca la ejecución del laudo, el procedimiento es distinto, como detallamos luego.

En el procedimiento regido por la ley especial, se contempla la posibilidad de que la parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66 del Decreto Legislativo n.º 1071.

En cambio, el Código Procesal permite la contradicción al mandato de ejecución, bajo las diversas causales que establece el artículo 690-D del CPC.

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

Los medios probatorios están restringidos en la ley especial, a la prueba documental, a diferencia del CPC, que permite la declaración de parte, los documentos y la pericia.²

En cuanto a los medios impugnatorios, la ley especial (Decreto Legislativo n.º 1071) como la derogada Ley n.º 26572, mantienen una regulación limitativa en cuanto al uso de los recursos impugnatorios en la ejecución del laudo, a diferencia del tratamiento que al respecto se permite bajo las reglas del Código Procesal Civil.

Ello se justifica porque el diseño del procedimiento arbitral contempla la posibilidad de la instancia única (salvo que las partes pacten

² Ver artículo 690-D del CPC.

lo contrario), por tanto, resulta coherente que esa limitación también se extienda hacia la fase de la ejecución del laudo, pero debe precisarse que estas reglas operarían para el caso de la ejecución de laudos, en la que se les haya facultado la ejecución a los árbitros. Si no estamos ante esos supuestos, el ejercicio de la impugnación se desarrollaría sin restricciones ni limitaciones y se regiría por las reglas del Código Procesal Civil.

Para ingresar a la ejecución del laudo en sede arbitral, no se requiere que el laudo esté firme, como sí lo exige el artículo 688.2 del CPC, al referirse al título ejecutivo en el proceso único de ejecución. «La interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo», como señala el artículo 66.1 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Pero, aquí hay que hacer una precisión. La «interposición» del recurso por sí solo no es un acto que permita el efecto de la suspensión, como dice la ley, sino que éste puede llevar a que se «admita» o no la impugnación. Sólo en los casos que se admita el recurso de anulación, se justificaría la suspensión de la ejecución, siempre y cuando se acompañe, además, la garantía (fianza) a que se refiere el artículo 66.3 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Esto significa que frente al proceso de ejecución iniciado, éste se «suspende» hasta que el laudo se encuentre firme; pero, en el caso de la ejecución del laudo bajo las reglas del Código Procesal Civil, la exigencia de la firmeza como condición en el laudo, tal como lo exige el artículo 688.1 del citado Código Procesal, ni siquiera permitiría promover la ejecución del laudo, pues, una condición para que se promueva, es que el título se encuentre firme.

Se podría inferir que el CPC exige la firmeza del laudo para la ejecución y la ley especial, no exige esa condición; con el Código Procesal ni siquiera se podría promover la ejecución a diferencia de la ley especial,

que sería posible, sin perjuicio de que, posteriormente, se promueva su suspensión.

El asunto de la firmeza, aparentemente, se complicaría y parecería como un texto contradictorio con el propio Código Procesal Civil (artículo 688.2), cuando la redacción del artículo 66.1 del Decreto Legislativo n.º 1071 dice:

La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. (Lo subrayado es nuestro).

La explicación que intentamos hacer, ante esta aparente contradicción, parte por afirmar que hay dos supuestos claramente definidos para la ejecución de laudos: a) cuando la ejecución se realiza en la propia sede arbitral, siempre y cuando cuenten los árbitros con facultades para la ejecución; b) cuando la ejecución se realiza en sede judicial, pues, no se ha facultado a los árbitros la ejecución del laudo.

Optar por una u otra estará en atención a los límites de voluntad que las partes hayan establecido; lo que significa que si optan por la primera alternativa, todo el diseño a seguir para la ejecución de sus laudos, será la que regula la ley especial; pero, si no se opta por ella, las reglas para la ejecución de los laudos serán las del Código Procesal Civil.

En el primer caso, una de las condiciones para ejercer la ejecución es que el laudo no se encuentre firme, y esa condición se va a mantener a través de todo el procedimiento, salvo que se pida la suspensión como lo establece el artículo 66 del Decreto Legislativo n.º 1071; situación que no sucede en el segundo caso, en que el laudo tiene que estar necesariamente firme para ingresar a la ejecución de éste.

Además, si se opta por la primera alternativa, vamos a tener un diseño que comprende dos fases para la ejecución. La primera, que se inicia en el propio escenario arbitral (artículo 67 del Decreto Legislativo n.º 1071) y la segunda, que continúa su ejecución —truncada— en el escenario judicial (artículo 68 del Decreto Legislativo n.º 1071).

En todo este recorrido, la idea central que acoge la ley especial y opera cuando hay facultades de ejecución para los árbitros, es que el laudo no requiere estar firme para su ejecución, esto es, en estas dos fases de recorrido no se requiere que el laudo esté firme, ni siquiera para la ejecución judicial (continuación) a que se refiere el artículo 68 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Perfectamente, los efectos del laudo se pueden ir materializando, a pesar de que éste se encuentre impugnado, a través del recurso de anulación. Solamente será posible suspender esta ejecución (al margen de que ésta se venga desarrollando en sede arbitral o judicial) cuando se deposite una garantía bancaria; situación que no opera en los casos donde las partes no hayan dado expresas facultades de ejecución a los árbitros, pues, aquí las reglas a seguir serán las que regulan el proceso único de ejecución y se requiere necesariamente la existencia de un laudo firme. Ello es una situación diferenciadora, frente a la ejecución de laudos bajo las reglas del CPC. Aquí necesariamente se requiere que el título ejecutivo (laudo arbitral) se encuentre firme.

La ejecución de laudos en sede arbitral, aparecía ya regulada en la derogada Ley n.º 26572, y su ejecución también comprendía las dos fases a que hemos hecho referencia líneas arriba. La primera se iniciaba en sede arbitral y luego si éste fracasaba, continuaba su ejecución en sede judicial. Así, el artículo 83 de la Ley n.º 26572, decía que cuando no se cumplía lo ordenado en el laudo, se podía solicitar la ejecución forzada, cuando el laudo no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros:

Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio. (Lo subrayado es nuestro).

Como se aprecia de la cita legal, la ejecución transitaba por las dos fases ya citadas, la arbitral y la judicial, siempre y cuando el obligado no cumplía voluntariamente con lo ordenado en el laudo.³

Conjuntamente con esa Ley especial n.º 26572 (diciembre de 1995) concurrían las reglas del Código Procesal Civil de 1993. En el artículo 713 del CPC, se hacía referencia al laudo firme, como un título ejecutivo; referencia que se sigue manteniendo en la nueva calificación que hace el artículo 688.2 del CPC, al haberse derogado dicho artículo.

La legislación vigente (Decreto Legislativo n.º 1071), también tiene una redacción que afirma estas dos fases en la ejecución del laudo:

La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.⁴ (Lo subrayado es nuestro).

³ El artículo 85 de la LGA derogada hacía referencia a los anexos que debía acompañarse al pedido de ejecución: «Al escrito solicitando la ejecución judicial del laudo se acompañarán, necesariamente, copia del convenio arbitral, del laudo en primera instancia arbitral, del laudo en segunda instancia arbitral o de la sentencia judicial que resuelva la apelación o de la sentencia judicial que resuelva la anulación, en su caso».

⁴ Ver artículo 68.1 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Otra regla que concurre a este procedimiento es la prohibición bajo responsabilidad de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo (ver artículo 68.4 del Decreto Legislativo n.º 1071).⁵ Esta regla es el correlato a la ejecución de la cautela que aparece en el artículo 48.2 del Decreto Legislativo n.º 1071, que también señala que se procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

Aquí no cabe ingresar a la disyuntiva para invocar las reglas del Código Procesal Civil, pues las reglas de la ejecución están establecidas en la ley especial (Decreto Legislativo n.º 1071) y en lo que las partes hayan pactado expresamente; sin embargo, hay criterios judiciales que aplican —simultáneamente— las reglas de la ley especial y las del Código Procesal Civil para el mismo caso, de tal manera que encontramos pronunciamientos «híbridos», como el siguiente:

Pasando a absolver de manera conjunta los agravios propuestos, tenemos que indicar en primer término que la ejecución de laudos arbitrales, se equipara a la ejecución de resoluciones judiciales, lo que da como consecuencia directa, que a ella **resulten aplicables las normas contenidas al efecto, no sólo por la Ley especial, Decreto Legislativo n.º 1071, nueva Ley General de Arbitraje, sino además las correspondientes al Código Procesal Civil** modificado por el Decreto Legislativo n.º 1069, puesto que aun cuando es uno (proceso) iniciado con un título equiparable a una sentencia judicial, el proceso de ejecución así entablado, aun contiene una etapa de primigenia cognición, justamente, tendiente a establecer que es lo que correspondería mandar a ejecutar al empleado.⁶ (Lo subrayado es nuestro).

⁵ La regulación que contenía el artículo 86 de la LGA derogada sobre las limitaciones de los jueces en la ejecución, establecía: «la prohibición al juez ejecutor, bajo responsabilidad, de admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva».

⁶ Expediente n.º 433-2009. Segunda Sala Civil Subespecializada Comercial. Resolución n.º 4 de 25 de noviembre de 2009. En los seguidos por Crisóstomo Fabián Rosales con la ONP, sobre ejecución de laudo.

El actual texto del artículo 68.4 del Decreto Legislativo n.º 1071 tiene un correlato en el artículo 86 de la derogada Ley n.º 26572 que decía: «Los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva».

Como se puede apreciar de la actual redacción, ya no se mantiene la afirmación de la inimpugnabilidad de los autos en la etapa de ejecución. Se ha puesto énfasis en mantener la prohibición de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo. La judicatura en cada caso concreto tendrá que explicar si el medio impugnatorio que se deniega, entorpece o no, la ejecución del laudo para conceder o no la impugnación.

Tratamiento distinto operaría en el caso del rechazo del pedido de ejecución del laudo. Aquí coincidimos con la opinión de Arrarte,⁷ quien señala que debe ser pasible de impugnación, a fin de que una segunda instancia revise esta decisión; en caso contrario, nos encontraríamos frente a un mandato arbitral de obligatorio cumplimiento, con atributos de la cosa juzgada, absolutamente inútil, en tanto no tendría posibilidad alguna de hacerse efectivo, lo que afecta el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional.

En ese mismo sentido, también encontramos pronunciamientos judiciales, pronunciadas con la derogada Ley n.º 26572 que decían: «el juez al conceder la apelación sobrepone a la prohibición del artículo 86 LGA, el principio constitucional de la doble instancia, creando un trámite procedimental, de mutuo propio, ad-hoc al preestablecido por la Ley especial». En los seguidos por Nerida Harbauer Bahamonte con Sercosegur S.R.L., Expediente n.º 3064-99 ante el 49 JCL.

⁷ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial». *Ius et Veritas*. Lima, diciembre 2003, año XIII, n.º 27, p. 34.

Art. 68.4 D. Leg. 1071	Art. 86 Ley n.º 26572 (derogada)
La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.	Los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva.

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

También podemos decir que la ejecución de laudos en sede arbitral no es un tema de reciente regulación; ya se consideraba ella en la derogada Ley n.º 26572. El diseño procedimental para la ejecución comprende dos fases. La primera, que se desarrolla en el escenario nato arbitral, y la segunda, que continúa, derivándose hacia el escenario judicial. La interrogante que se planteaba es si ese escenario judicial derivado, va a constituirse en un escenario transitorio o se convertiría en un escenario permanente para la ejecución del laudo.

Estas dos fases que acompañan a la ejecución arbitral, está regulada por la propia ley especial (Decreto Legislativo n.º 1071). El texto del artículo 67 está dedicado a la ejecución en sede arbitral y en el artículo 68 se aborda la continuación en sede judicial.

El procedimiento que se sigue es sencillo y se puede plantear la «oposición» al mandato de ejecución, únicamente, basado bajo dos su-

puestos: el haber cumplido con la obligación requerida y haber pedido la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66 de la propia ley arbitral.

Ejecución de laudos Árbitros con facultades de ejecución		
Primera fase	En sede arbitral Art. 67 D. Leg. 1071	<p>A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.</p> <p>Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, <u>a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.</u></p> <p>En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra <u>a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.</u></p>
Segunda fase	En sede judicial Art. 68.1 D. Leg. 1071	<p>La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando (...) <u>en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.</u></p>

2.2. *En el procedimiento judicial*

En el tratamiento de la ejecución del laudo, concurren dos modelos de ejecución, en atención a las facultades de ejecución que se hubieren otorgado a los árbitros.

Si *no* se han otorgado facultades, se aplican las reglas del proceso único de ejecución contenidas en el Código Procesal Civil. En cambio, cuando se han dado facultades de ejecución y se ha iniciado en sede arbitral la ejecución, pero se requiere contar con la fuerza pública para vencer la resistencia del obligado, esa ejecución en sede judicial, no se somete al diseño del proceso único de ejecución, sino a las reglas de la ley especial contenidas en el Decreto Legislativo n.º 1071.

En tal sentido, el artículo 68 de la ley especial regula el trámite, para la continuación de la ejecución en sede judicial. Señala que «la autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada».⁸

La ejecución de un laudo, bajo las reglas del Código Procesal Civil, exige que se acompañe a la demanda el título ejecutivo (laudo arbitral firme), además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425, y los que se especifiquen en las disposiciones especiales. Si el laudo, no reúne los requisitos formales, el juez de plano denegará la ejecución.

Como ya se ha señalado líneas arriba, la ley especial señala que la parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida. En este caso, la autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco días. Vencido este plazo, resolverá. La oposición tiene un tratamiento totalmente distinto a la contradicción que regula el Código Procesal

⁸ Ver artículo 68.2 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Civil, pues esta última encierra una demanda incidental al mandato de ejecución, de tal forma que la discusión no se dirigirá al derecho en sí, sino a los términos de la ejecución de éste. En cuanto al trámite de la contradicción, el texto legal señala:

Si hay contradicción y/o excepciones procesales o defensas previas, se concede traslado al ejecutante, quien deberá absolverla dentro de tres días proponiendo los medios probatorios pertinentes. Con la absolución o sin ella, el juez resolverá mediante un auto, observando las reglas para el saneamiento procesal, y pronunciándose sobre la contradicción propuesta. Cuando la actuación de los medios probatorios lo requiera o el juez lo estime necesario, señalará día y hora para la realización de una audiencia, la que se realizará con las reglas establecidas para la audiencia única [...].⁹

Bajo la oposición, en sede judicial, se permite que en ejecución se demuestre el cumplimiento de la obligación o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66 del Decreto Legislativo n.º 1071; en cambio, en la contradicción concurren varios supuestos. Como describe el artículo 690-D del CPC, en la contradicción el ejecutado puede proponer excepciones procesales o defensas previas. Además, puede cuestionar el título ejecutivo (laudo arbitral) bajo los siguientes supuestos: «inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; y la extinción de la obligación exigida».

Todo esto nos lleva a afirmar que no se trata de la concurrencia de dos textos legales que regulan un mismo objeto, todo lo contrario, existe una ley especial (Decreto Legislativo n.º 1071) que regula la ejecución de los laudos en sede judicial, para los casos en que las partes han optado por dar facultades de ejecución a los propios árbitros y éstos no pueden

⁹ Ver artículo 690E del CPC.

continuar con la ejecución por requerir de la *vis compulsiva* de la jurisdicción; en cambio, si no se ha optado por delegar esas facultades, el escenario donde se materializará la ejecución del laudo será el judicial, bajo las reglas del Código Procesal Civil, sujetándose a la tramitación del proceso único de ejecución.

A diferencia de la ejecución judicial que se sigue bajo las reglas del Código Procesal, no se requiere firmeza, pues igual se ejecuta; pero hay la posibilidad de que la ejecución se suspenda con la fianza bancaria. Igualmente, si la ejecución del laudo viene operando en el escenario arbitral o judicial, se puede suspender esa ejecución planteando la oposición, bajo los términos que establece el artículo 68.2 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Por ello, cuando leemos algunas resoluciones judiciales en los procesos ejecutivos, donde se fusionan ambos referentes legales, Código Procesal y ley especial, en la ejecución del laudo podemos afirmar que están acogiendo referentes que regulan dos supuestos distintos.

La ley especial aborda la ejecución del laudo en sus dos fases, la primera, que se inicia en la propia sede arbitral, y la siguiente, que continúa en sede judicial; el Código Procesal Civil, regula propiamente la ejecución de un laudo, concebido como un título ejecutivo extrajudicial, donde la idea central es que las partes nunca han dado facultades de ejecución a los árbitros.

En este supuesto, los árbitros han terminado su misión con la emisión del laudo (de condena) y el paso siguiente es lograr materializar el contenido de ese mandato, para lo cual se hace necesario recurrir a la autoridad judicial para vencer la resistencia del condenado a cumplir la obligación ordenada. El laudo arbitral es analizado bajo las reglas y cualidades con que debe contar un título ejecutivo, para que pueda dictarse el mandato de ejecución; caso contrario, se denegará.

Los atributos con que debe contar todo título ejecutivo aparecen descritos en el contenido del artículo 689 del CPC, caso contrario la jurisdicción declararíala inejecutabilidad de la obligación contenida en el título (laudo arbitral firme).

2.3. Tratamiento de la ejecución en la jurisdicción

Como hemos mostrado en todo el desarrollo de este trabajo, la ejecución del laudo está regulada por dos referentes legales: el Código Procesal Civil y la ley especial (Decreto Legislativo n.º 1071). Esta situación ha provocado y viene provocando una disyuntiva para establecer cuál debe ser la norma aplicable a la ejecución de laudos en sede judicial.

Si bien en un primer momento se podría recurrir al principio de especificidad, cuya regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el criterio general,¹⁰ esa afirmación no sería aplicable en el presente caso, pues, como hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, se trata de dos escenarios diversos, separados por la decisión de las partes de otorgar facultades de ejecución a los propios árbitros.

Esta disyuntiva legal no es de ahora, sino que es una discusión que se arrastra desde la derogada Ley General de Arbitraje n.º 26572 y que ha provocado pronunciamientos diversos, sobre todo por el modelo restrictivo en la impugnación que recoge la ley especial. Esta restricción llegaba a tal extremo en la ley especial derogada n.º 26572, en la que se prohibía la impugnación.

Ante esta situación la Sala Civil Transitoria, en la sentencia de casación n.º 2506-2006-Lima, de 2 de julio de 2007, señaló lo siguiente:

¹⁰ Ello implica, según García Toma, que «cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima ésta en su campo específico». GARCÍA TOMA, Víctor. *La Ley en el Perú*. Lima: Grijley, 1995, p. 22.

Si bien en los procesos de ejecución de laudo arbitral, *a priori* no es posible hacer valer ningún recurso impugnatorio; sin embargo, desestimarlos importaría colocar en estado de indefensión al justiciable, vulnerando de manera flagrante su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; no siendo así procedente la formulación de excepciones procesales [...].

Este criterio, de incorporar la posibilidad de la impugnación al modelo legal que la prohibía, se contraponía a la posición asumida por la Sala Comercial de Lima, que sostenía la negativa a que se concedan con efecto suspensivo las apelaciones a las resoluciones impugnadas, en aplicación estricta de la ley especial vigente en ese momento.¹¹

Frente a esta situación, no definida a nivel de la judicatura, se viene apreciando de manera reiterada y mayoritariamente, la tendencia a fusionar las dos normas legales —de manera simultánea— en el tratamiento de la ejecución de laudos arbitrales, como se aprecia en el siguiente caso:

El presente proceso corresponde ser tramitado en la vía del proceso único de ejecución, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 690-C del Código Procesal Civil, [...] que en tal sentido, en virtud de lo normado en el artículo 1219 del Código Civil, concordante con lo establecido en el artículo 67 del Decreto Legislativo n.º 1071 (norma que regula el arbitraje)

¹¹ Véase el pronunciamiento emitido el 15 de junio de 2007 por la Sala Civil con subespecialidad comercial, en los seguidos por Corporación Sagitario S.A. con Empresa Municipal Administradora del Peaje de Lima (EMAPE) sobre ejecución de laudo arbitral, Expediente n.º 354-3007. En igual sentido se aprecia el pronunciamiento de dicho colegiado en el Expediente n.º 621-2007, en los seguidos por Pesquera Industrial El Ángel S.A. con Grand Resources Ltda. «El derecho a la instancia plural se encontraría limitado, en el presente caso particular, por la norma glosada en remisión del artículo 89 LGA; sin embargo, el juez, al expedir el concesorio no ha tomado en cuenta la citada norma procesal, limitándose a proveer el recurso de apelación, omitiendo pronunciamiento sobre su aplicación o, de ser el caso, su motivada inaplicación como es su obligación».

se resuelve ADMITIR a trámite la presente demanda en vía del proceso único de ejecución —ejecución de laudo arbitral— interpuesta [...].¹² (Lo subrayado es nuestro).

Frente a estas posiciones, consideramos que la norma aplicable en la ejecución de laudos arbitrales, está en función de la delegación de facultades que se haya hecho a los árbitros para la ejecución del laudo. En atención a esa situación, podemos elegir la norma aplicable para la ejecución del laudo. Esto significa que si se ha otorgado facultades de ejecución a los árbitros, el procedimiento para la continuación de la ejecución del laudo en sede judicial se registrará por las normas especiales de la ley arbitral; a diferencia del caso en el que no se haya otorgado dichas facultades. Aquí el inicio y la continuación de la ejecución del laudo se registrará por las normas del Código Procesal Civil.

Frente a todo lo expuesto encontramos un caso paradójico e incongruente, pues se admite a ejecución un laudo (marzo del 2010) bajo las reglas de la Ley General Arbitral derogada y las del Código Procesal Civil, simultáneamente; para luego cuando el ejecutado formula su contradicción a la ejecución, el juzgado rechaza de plano la contradicción aplicando literalmente el contenido del artículo 84 de la ley especial citada.

[...] que el título de ejecución se presenta dentro de los alcances del artículo 688, inciso 2 del Código Procesal Civil, además de lo dispuesto por los artículos 83, 84 y 85 de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje. Estando a las consideraciones precedentes y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 690-D del CPC, se resuelve admitir en la vía procedimental correspondiente el proceso único de ejecución de resoluciones judiciales la demanda sobre ejecución de laudo arbitral interpuesta por

¹² Resolución n.º 01 de 21 de marzo de 2011. En los seguidos por concesionaria Irsa Sur tramo 3 SA con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones sobre ejecución de laudo.

Amazónica de Alimentos SAC en liquidación contra el Instituto Nacional de Salud [...].¹³

Consideramos que la ley aplicable por razón de temporalidad a la ejecución sería el Decreto Legislativo n.º 1071, siempre y cuando se haya pactado la ejecución en sede arbitral; sin embargo, al no haberse dado esas facultades, como sucede en el caso citado, la ejecución del laudo debería tramitarse bajo las reglas del Código Procesal Civil. Ambos instrumentos legales recogen un diseño y una secuencia procedimental diferente.

3. CONCLUSIONES

1. Para la ejecución del laudo arbitral en el escenario judicial concurren dos referentes legales. La ley especial (D. Leg. n.º 1071) y las normas ordinarias contenidas en el Código Procesal Civil. Si bien ambas se orientan a regular la ejecución de los laudos en el escenario judicial, tienen un origen y un procedimiento diferente.
2. Cuando las partes han otorgado facultades de ejecución a los árbitros, la ejecución del laudo pasa por dos fases. La primera se inicia en sede arbitral, bajo los alcances del artículo 67 del D. Leg. n.º 1071; pero si esta ejecución no fuera exitosa, pues, se requiere el ejercicio de la “fuerza” para vencer la resistencia del obligado, la continuación de la ejecución del laudo arbitral se traslada a sede judicial, la misma que se viabilizará bajo las reglas que fija la Ley especial (artículo 68 del D. Leg. n.º 1071).
3. En caso *no* se haya delegado facultades de ejecución a los árbitros, la ejecución del laudo de condena, que es apreciado como un título ejecutivo extrajudicial, se materializará bajo las reglas del Código Procesal Civil.

¹³ Resolución del 9 de marzo de 2010. Expediente n.º 1154-2010. Décimo Juzgado Comercial de Lima.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE
LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

José F. Palomino Manchego
Mario Chávez Rabanal

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

*José F. Palomino Manchego**
*Mario Chávez Rabanal***

Sumario: 1. Sobre el control constitucional.— 2. El control constitucional a través del proceso de amparo.— 3. Ámbito de aplicación del proceso de amparo.— 4. Sobre el precedente vinculante.— 5. Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente vinculante.— 6. Control constitucional mediante el proceso de amparo de las decisiones de la jurisdicción arbitral.— 6.1. Los derechos constitucionales tutelados en el amparo arbitral.— 6.2. ¿Un control *a posteriori*?— 6.3. Necesidad de agotar el recurso de anulación.— 6.4. El nuevo precedente vinculante sobre el amparo arbitral.— 7. Reflexiones finales.

1. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Para justificar el presente ensayo hay que tener en cuenta *prima facie* el modelo de jurisdicción constitucional actualmente vigente en el Perú,

* Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho y Profesor de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho en Pregrado y Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

** Abogado, egresado de la Maestría en la mención de Derecho Constitucional y Derechos Humanos e Historia de la Filosofía de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

en el que un grueso del sector de la doctrina nacional, siguiendo las ideas de García Belaunde,¹ se ha inclinado por calificar de *dual* o *paralelo*. Con ello, se ha querido expresar que la facultad de impartir la justicia constitucional en nuestro país, no la ejercen exclusivamente los jueces del Poder Judicial, en el esquema del denominado sistema americano de control judicial de constitucionalidad de las leyes (*judicial review*). Tampoco recae únicamente en el Tribunal Constitucional, al estilo del control concentrado de raíz kelseniana, ni, en fin, tal tarea se ha encargado a un órgano que represente una solución de mixtura orgánica (un *tertium genus*), producto de la conjunción de los dos modelos, originarios, de control jurisdiccional de las leyes.

Nuestra *jurisdictio* constitucional ha sido confiada, simultáneamente, tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional, ambos de estructura orgánica distinta y con competencias, algunas veces originarias y exclusivas (*verbi gratia*, el Proceso de Inconstitucionalidad o el Conflicto [Competencial] entre Órganos Constitucionales, residenciados en exclusiva, en sede del Tribunal Constitucional, o la Acción Popular, Proceso Constitucional residenciado en sede exclusiva del Poder Judicial), y en otras compartidas (como sucede con los procesos de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y de Cumplimiento, donde la posibilidad que un proceso sea conocido por el Tribunal Constitucional, exige previamente su tránsito por sede judicial, y siempre que allí se haya obtenido sentencia desestimatoria para el quejoso o accionante).

¹ Domingo García Belaunde ha dado cuenta de estos vocablos desde el año 1987, y continúa replanteando el tema. Entre varios, *vid.*, sus libros: *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4.^a edición revisada, corregida y aumentada, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003. Edición al cuidado y notas introductorias de José F. Palomino Manchego; y *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Editorial Temis, 2001. Más de pronto, en su versión actualizada, *vid.* del mismo autor: «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo» En Osvaldo Gozaini (Coordinador). *Proceso y Constitución*. Buenos Aires: Ediar, 2009, pp. 29-52.

Importa decir, sin embargo, que tal dualidad de magistratura constitucional² no representa la coexistencia simultánea de los modelos puros u originarios de control constitucional de las leyes, el americano y el kelseniano.³ Ello, debido a que la recepción constitucional y las leyes que desarrollan ambos modelos, han añadido matices, que si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, sí gravitan en sus aspectos funcional y competencial, que bien podría llevarnos a hablar de la configuración, en puro rigor, de un sistema *dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad*.⁴

2. EL CONTROL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL PROCESO DE AMPARO

En lo que respecta a la tutela de los derechos fundamentales, su protección queda en manos de los jueces del Poder Judicial, que conocen de los procesos constitucionales de la libertad, y del Tribunal Constitucional. Así, el proceso de amparo, al igual que todos los otros procesos constitucionales de la libertad, tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

Ahora bien, si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irremediable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario

² Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. «Un tema polémico: La magistratura constitucional especializada». En *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 29 de mayo de 1985.

³ Desde una perspectiva diferente, últimamente, cfr. Ernesto Blume Fortini: «El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución». En *Derecho*. Lima, 1996, n.º 50, p. 167.

⁴ *Vid.*, salvo la divergencia de los modelos puros y los que actualmente funcionan, Alessandro Pizzorusso: «I sistemi di giustizia costituzionale: Dai modelli alla prassi». En *Quaderni Costituzionali*. Bologna, 1982, n.º 3, pp. 521-533.

se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

A nuestro juicio, el proceso de amparo presenta las siguientes caracterizaciones:

1. Es una acción de garantía (denominación recogida en la Constitución) constitucional: La Constitución la denomina acción de garantía; y, es un mecanismo procesal que implica una demanda y el desenvolvimiento de estadios con una determinada secuencia. De allí que resulta incorrecto hablar de un recurso, como se ha denominado en anteriores normas, tanto en el Perú como en otros países; pues, debemos recordar que el vocablo 'recurso' se reserva para los medios impugnatorios que se emplean contra las resoluciones.

También se ha empleado la denominación de juicio de amparo, como suelen hacerlo los colegas mexicanos. En México se ha originado esta institución y ha alcanzado un gran desarrollo con proyección internacional. Debemos interpretar que el término *juicio* está empleado en la significación de proceso.

2. Es de naturaleza procesal: Al igual que los otros procesos de la libertad, no constituye un derecho, sino un mecanismo procesal que se tramita para proteger los derechos constitucionales. Su naturaleza no es, por consiguiente, de derecho sustantivo, sino de procedimiento y, por tanto, de medio idóneo para la defensa de los indicados derechos. Por breve que fuere su trámite, implica un proceso sujeto a un trámite, por consiguiente, intervienen en él un sujeto actor y un sujeto demandado.
3. Es de procedimiento sumario: Dada la naturaleza e importancia de la materia en discusión como son los derechos y libertades consti-

tucionales, el procedimiento es sumario, es decir, breve. Busca restablecer el derecho vulnerado o amenazado, en forma rápida; para ello sus términos son cortos, no se admiten articulaciones y los jueces están obligados a darle trato preferente.

4. Defiende los derechos constitucionales, con excepción de la libertad personal y derechos conexos, la intimidad y la autodeterminación informativa: A diferencia de épocas anteriores en que el Amparo no existía en forma independiente y se insumía dentro del Habeas Corpus, a partir de la Constitución de 1979 quedan perfectamente delimitados los campos de aplicación para el Hábeas Corpus y el Amparo, y luego, con la de 1993, del Hábeas Data y Cumplimiento, dejando al Amparo, la defensa y protección de los demás derechos constitucionales, no tutelados por los otros procesos constitucionales de la libertad.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCESO DE AMPARO

El proceso de amparo tiene un radio de aplicación más amplio que el Hábeas Corpus, si bien incide sobre actos y omisiones que vulneren o amenacen a semejanza del Hábeas Corpus, la singularidad que ofrece radica en la amplitud de los derechos que protege. Además de aplicarse contra actos y omisiones que vulneren o amenacen los derechos constitucionales y que se aplican contra autoridades, funcionarios o personas particulares

4. SOBRE EL PRECEDENTE VINCULANTE

El carácter vinculante de un fallo o sentencia permite crear un estado obligatorio de observancia respecto de lo resuelto o decidido en un determinado proceso, mientras que el precedente vinculante es la directriz

o conjunto de directrices que a futuro y fuera del caso ya resuelto va a tomarse en cuenta para posteriores supuestos o controversias.⁵

Dentro de las consideraciones descritas, el precedente vinculante es aquella línea de raciocinio que además de erigirse como obligatoria, tras haberse adoptado en algún caso especial, ha de posibilitar resolver de un determinado modo controversias con características particulares. Desde una perspectiva mucho más amplia el precedente vinculante, no sólo tiene como destinatarios naturales a los operadores jurisdiccionales del Derecho *strictu sensu* (magistrados de diversos fueros), sino a cualquier poder público o individuo en particular, naturalmente no por el hecho de que estos últimos tengan la capacidad de resolver controversias, sino porque se encuentran sujetos a lo que el intérprete de la constitucionalidad, haya establecido sobre determinado asunto de relevancia.⁶

Así, resulta indiscutible que si el Tribunal Constitucional genera precedentes vinculantes, éstos adquieren un grado de eficacia que no puede ser puesto en tela de juicio por ningún poder público, ni siquiera —y vale la pena puntualizarlo— por el Congreso de la República. Admitir lo contrario, significaría que lo que pudiese resolver un juez de la constitucionalidad, podría ser constantemente desvirtuado apelando al fácil expediente de la capacidad normativa, y a la eventual presencia de una norma supuestamente correctora, mas en el

⁵ Cfr. SÁENZ DÁVALOS, Luis. «El valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su ubicación en el sistema de fuentes del Derecho». En José F. Palomino Manchego: *Curso de Formación: Código Procesal Constitucional*, Módulo VI, *El efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Academia de la Magistratura. Lima, 2004.

⁶ Sobre el vocablo «precedente» (del inglés *precedent*) *vid.* *Black's Law Dictionary*, West Group, St. Paul, Minn., 1999, pp. 1195-1196; también, a modo de complemento, *vid.* la voz «*Stare decisis*», p. 1414. De sumo provecho, sobre el tema, resulta el libro de Lucio Pegoraro y Angelo Rinella: *Las fuentes en el Derecho Comparado*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima, 2003, pp. 81-92. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde y Estudio Preliminar y edición al cuidado de José F. Palomino Manchego.

fondo grotescamente violatoria del principio de la cosa juzgada.⁷ No es, pues, el ejercicio de una facultad atribuida a un poder constituido el pretexto para vaciar de contenido los mandatos interpretativos de la Constitución, tanto más cuando éstos adquieren el consabido carácter de precedente vinculante.

Cabe en todo matizar que para que un Precedente como el aquí señalado pueda ser individualizado, el Código Procesal Constitucional exige hoy en día un reconocimiento expreso en el contenido de la sentencia, conforme lo establece el artículo VII de su Título Preliminar.

5. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES CON O SIN PRECEDENTE VINCULANTE

De manera genérica, debe precisarse que el cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional pueden ser observados en función de los efectos personales o temporales que de ellos se derivan. En cuanto a

⁷ En nuestra jurisprudencia constitucional se registran casos en los que lo resuelto por el Tribunal Constitucional ha pretendido, *a posteriori*, ser desvirtuado por el Parlamento, originando fallos del mismo Tribunal en defensa de su propia jurisprudencia. *Cfr.* la Sentencia recaída en el Expediente n.º 001-1998-AI/TC (Caso Pedro Carrasco Narváez y otros ciudadanos) emitida a raíz de haberse desvirtuado lo resuelto en la Sentencia recaída en el Expediente n.º 008-96-I/TC (Caso Maximiliano Cárdenas Díaz y otros ciudadanos). Escenario mucho más agravado (y que involucra ya no sólo la conducta del Parlamento sino del Poder Ejecutivo) lo tenemos en la Sentencia recaída en los Expedientes acumulados n.º 015-2001-AI/TC, n.º 016-2001-AI/TC, n.º 004-2002-AI (Caso Colegio de Abogados de Ica, Defensoría del Pueblo) emitida a raíz de haberse distorsionado lo resuelto en las sentencias emitidas en los Expedientes n.º 0022-1996-AI/TC (Caso Colegio de Ingenieros del Perú) y n.º 006-1996-AI/TC (Caso Congressistas de la República). En todos estos fallos, como en otros similares, estamos ante auténticos exabruptos del Congreso y demás poderes públicos que no hacen otra cosa que patentizar lo que ha sido una apasionada y sesgada línea de comportamiento.

los efectos personales, éstos pueden ser directos o indirectos. Los efectos directos de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la *litis*.

En cambio, los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, los citados quedan «atados», en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante. Y, con relación a los efectos en el tiempo, éstos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.

Como se ha referido anteriormente, la aplicación diferida se determina en una sentencia con *vacatio sententiae*; es decir, las consecuencias jurídicas de una decisión se suspenden durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever las derivaciones políticas, económicas o sociales que ello alcance. Al respecto, no debe olvidarse que cualquier Tribunal Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión mediante el cual se predetermina la totalidad de las «consecuencias» de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido, los actos jurisdiccionales (tras la expedición de una sentencia) deben contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una «mejor» realidad político-jurídica y la cancelación de un otrora «mal». En ese contexto, el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal, el cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia con precedente vinculante.

De tal manera, los efectos diferidos se manifiestan en las denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida (*prospective overruling*).

Respecto a la aplicación con efectos irretroactivos o retroactivos, cabe señalar lo siguiente:

- a) Las sentencias sobre demandas de Inconstitucionalidad, Cumplimiento y Conflictos Competenciales, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.
- b) Las sentencias sobre demandas de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data se aplican con efectos retroactivos, ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*.
- c) Las sentencias en los casos de procesos de Inconstitucionalidad, en los que se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74 del texto *supra*, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad. En consecuencia, puede tener efectos *ex tunc*.⁸
- d) Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 y 74 de la Constitución de 1993. En ese contexto, pueden tener efectos *ex tunc*.

⁸ Al respecto, cabe recordar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional con relación a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 38.1, 39, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley n.º 27153 [Expediente n.º 009-2001-AI/TC], en donde de manera específica resolvió lo pertinente a las situaciones jurídico-tributarias producidas mientras estuvo en vigencia la citada ley.

6. CONTROL CONSTITUCIONAL MEDIANTE EL PROCESO DE AMPARO DE LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

Sobre la procedencia de las demandas de amparo frente a laudos arbitrales, el Tribunal Constitucional ha emitido varias sentencias, que han ido delineando el camino procesal para controlar, vía Proceso de Amparo, las decisiones adoptadas en la jurisdicción arbitral. Así, por ejemplo, en la STC n.º 6167-2005-PHC/TC. Caso Fernando Cantuarias [«improcedente»], sostuvo:

[...] el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. (FJ. 18).

En esa línea, interpretativa en la STC n.º 4195-2006-AA/TC Caso Proime Contratistas [«improcedente»], el Tribunal Constitucional precisó las Reglas para el control de estas decisiones emitidas en la jurisdicción arbitral:

- a) El Amparo resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.
- b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el Amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos n.ºs 2 y 3 *supra*.
- c) El Amparo resulta improcedente cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se

desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.

En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el Juez Constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.

- d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas al arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el Proceso de Amparo.
- e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración. (FJ. 4).

6.1. Los derechos constitucionales tutelados en el amparo arbitral

La protección de los derechos fundamentales, como bien ha sido sostenido por el Tribunal Constitucional, no tiene áreas de excepción o que se encuentren exoneradas de control jurisdiccional, y justamente un área que ha sido objeto de sendas sentencias sobre la tutela de estos derechos, ha sido la jurisdicción arbitral. En estas sentencias el Tribunal Constitucional ha ido especificando los derechos que podrían ser tutelados por una demanda de Amparo contra un laudo arbitral.

Así, tenemos por ejemplo que en la STC n.º 6167-2005-PHC/TC, 28 de febrero de 2006, caso Fernando Cantuarias Salaverry, señaló que

en el control constitucional de los laudos arbitrales a través del amparo, procede:

[...] cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (FJ. 18).

Argumento similar ha sido adoptado en la STC n.º 1567-2006-PA/TC de 30 de abril de 2006, caso Compañía de Exploraciones Algamarca, donde señaló que:

En el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el derecho al debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su condición de Supremo Intérprete de la Constitución. (FJ. 13).

Posteriormente, en la STC n.º 4972-2006-PA/TC de 04-08-2006 caso Corporación Meier S.A.C y Persolar S.A.C, el Alto Tribunal desarrolló con mayor detalle el criterio de procedencia del Amparo frente a los laudos arbitrales, al precisar algunos supuestos puntuales que permitirían el control constitucional de la «jurisdicción arbitral»:

[...], serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales [...]:

a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.) Esta causal sólo puede ser incoada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícita-

tamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización) como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, ésta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.).

[...] que respecto al primer supuesto se aplican ‘los criterios de control constitucional que suelen invocarse en el caso de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales’. En otras palabras, ‘la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad)’. Es decir, en este caso el Tribunal Constitucional amplió los derechos protegidos por el amparo, pues ya no sólo se refería a la tutela procesal efectiva sino también al debido proceso sustantivo. (FJ. 17, 18).

Sobre la procedencia del proceso de amparo frente a resoluciones judiciales, más aún, si el Tribunal Constitucional considera al arbitraje como una modalidad jurisdiccional, hay que tener presente lo expuesto en el caso Apolonia Colca (Expediente n.º 3179-2004-AA/TC) que admite el amparo contra resoluciones judiciales en defensa de todos los derechos fundamentales:

En definitiva una interpretación del segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución bajo los alcances del principio de unidad de la Constitución, no puede concluir sino con la afirmación de que la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales comprende a todos y cada uno de los derechos fundamentales que se puedan encontrar reconocidos, expresa o implícitamente, por la Norma Suprema, se podría concluir que cuando se cuestiona un laudo arbitral debería apli-

carse un criterio similar, es decir, sería viable para proteger todos los derechos fundamentales. (FJ. 20).

6.2. *¿Un control a posteriori?*

Visto lo anterior cabe preguntarnos: ¿procede el amparo contra cualquier resolución dictada al interior del proceso arbitral o sólo cabe contra el laudo entendido como la «decisión definitiva de los árbitros»? Y también: ¿procede el amparo antes de que se emita el laudo arbitral?

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Cantuarias Salaverry (Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC), ha sostenido que «el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori*» (FJ. 18). Este criterio hermenéutico fue ratificado en el caso Compañía Exploraciones Algamarca (Expediente n.º 1567-2006-PA/TC):

[...] en consideración a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y el carácter disponible de la materia sometida a esa jurisdicción, la intervención de la jurisdicción ordinaria no podrá ser ejercida sino hasta el momento en que se cuente con un laudo arbitral firme —para emplear los términos del artículo 4 del Código Procesal Constitucional—. (FJ. 14).

Así, en esta dirección, en el Caso PROIME Contratistas Generales S.A. (Expediente n.º 4195-2006-AA/TC), precisó que no procede el Amparo contra las actuaciones previas a la expedición del laudo:

[...] el Amparo resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral. (FJ. 4a).

En tal sentido, el criterio general del Tribunal Constitucional es que el control a través del amparo «sea *a posteriori*», «mal puede proceder una medida cautelar judicial disponiendo la detención o suspensión del arbitraje». Por regla general, entonces hay que esperar la culminación

del proceso arbitral para cuestionar el laudo que recaiga en el mismo o las decisiones previas que puedan haber lesionado el debido proceso, es decir contra una decisión firme emanada de la jurisdicción arbitral.

6.3 Necesidad de agotar el recurso de anulación

De otro lado: ¿proceden las demandas de Amparo frente a convenios arbitrales pactados, tratándose de derechos indisponibles, sin necesidad de agotar el procedimiento arbitral? El Código Procesal Constitucional ha optado por diseñar un Amparo subsidiario que exige el agotamiento de las vías previas y, además, que no exista una vía judicial igualmente satisfactoria o vía paralela.

El Decreto Legislativo n.º 1071, en el artículo 62 señala que la vía previa —Recurso de Anulación— constituye una única vía de impugnación del laudo. La antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, en sus artículos 60 y 61, regulaba como vías previas al Recurso de Apelación y al Recurso de Nulidad.

El Tribunal Constitucional, en la STC n.º 6167-2005-PHC/TC, admitió la procedencia de laudos arbitrales siempre que se hayan agotado las vías previas establecidas, aplicando lo dispuesto por el artículo 5, inciso 4), del Código Procesal Constitucional referido al agotamiento de las vías previas.

Así, el Intérprete Supremo de la Constitucionalidad sostuvo:

Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control

constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado Código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo. (FJ. 14).

En la STC n.º 1567-2006-PA/TC, caso Compañía de Exploraciones Algamarca, reiteró su criterio al señalar que el Amparo sólo procede contra un laudo arbitral cuando se hayan agotado las vías previas establecidas, es decir, los recursos de apelación y nulidad a que se referían los artículos 60 y 61 de la anterior Ley General de Arbitraje, es decir, la Ley n.º 26572:

[...] el recurso de apelación, [...] procede ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral cuando hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o está previsto en el reglamento arbitral de la institución a la que las partes sometieron su controversia.

Si el recurso de apelación fue interpuesto ante el Poder Judicial, ya no cabe la interposición del recurso de anulación, puesto que no son compatibles; en consecuencia, el presunto agraviado estará habilitado para recurrir al juez constitucional. De otro lado, si el recurso de apelación fue interpuesto ante una segunda instancia arbitral, deberá interponerse el recurso de anulación de laudo arbitral. (FJ. 17).

[...] el segundo recurso previsto es la anulación. Su objetivo es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, y se interpone ante el Poder Judicial, por las causales establecidas en el artículo 73 de la Ley n.º 26572. Agotado este proceso judicial, quien se sienta afectado en su derecho podrá recurrir al Proceso de Amparo. (FJ. 18).

6.4. *El nuevo precedente vinculante sobre el amparo arbitral*

Con la publicación del Decreto Legislativo n.º 1071, que en su artículo 62 regula únicamente como vía previa al Recurso de Anulación y dispone en el artículo 63, inciso *b*), que también procede el Recurso de Anulación cuando una de las partes no ha podido «hacer valer sus derechos», la procedencia del Amparo frente a laudos arbitrales va a cambiar.

En ese contexto, la nueva Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, eliminó el Recurso de Apelación y sólo contempla el Recurso de Anulación, el mismo que se interpondrá dentro de los 20 días siguientes a la notificación del laudo (artículo 64.1).

En este nuevo escenario, el Tribunal Constitucional ha variado su jurisprudencia vinculante, y ha emitido un precedente vinculante, emitido en la STC n.º 00142-2011-PA/TC, Lima, 21 de setiembre de 2011, «Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia».

En esta sentencia se da un precedente vinculante para precisar la procedencia del Amparo frente a Laudos Arbitrales. Las reglas establecidas en los fundamentos n.ºs 20, 21 y 26 de la sentencia constituyen precedentes vinculantes, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Así, el precedente vinculante establece:

20. De acuerdo con lo indicado líneas arriba y con la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:

Improcedencia del amparo arbitral

- a*) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación

para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.

- b)* De conformidad con el inciso b) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales, aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.
- c)* Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos, la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso *a)* del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65 e inciso 1 del artículo 73 de la Ley n.º 26572, respectivamente.
- d)* Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el arbitraje, artículo 63 [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65 [inciso 1] y 73 [inciso 7]), siendo improcedente el Amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).
- e)* La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral

vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.

- f)* Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Supuestos de procedencia del Amparo arbitral

21. No podrá declararse la improcedencia del Amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a)* Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b)* Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c)* Cuando el Amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.

En el caso de los supuestos *a)* y *b)* del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del Amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente

fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

26. No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

7. REFLEXIONES FINALES

El arbitraje es una alternativa de solución de controversias que tiene una manifestación estrictamente privada, delegándole el Estado la solución de determinadas controversias en el caso de que los particulares así lo concertaran. Y esta solución consensuada, como tal, dentro del ordenamiento constitucional debe ser respetuosa de los principios y derechos constitucionales.

La jurisdicción arbitral es reconocida a nivel constitucional como forma excepcional de resolver las controversias, de tal forma que su sustanciación debe seguir los lineamientos establecidos por la ley y respetar la voluntad de las partes. En este marco, cuando se desarrolle la jurisdicción arbitral fuera de los cánones legales y que incidan directamente sobre derechos constitucionales o bienes constitucionales, inmediatamente queda expedita la jurisdicción constitucional para ejercer el control respectivo.

El Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia vinculante, ha ido delineando el trámite respectivo para tutelar los derechos y/o bienes constitucionales que resulten afectados por la jurisdicción arbitral, en concreto, por los laudos arbitrales.

En ese orden de ideas, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto del precedente constitucional vinculante recaído en la STC n.º 00142-2011-PA/TC, teniendo en cuenta la nueva legislación de arbitraje, generada por el Decreto Legislativo n.º 1071, ha precisado, entre otras cosas, que siempre que se pretenda cuestionar un laudo arbitral o una decisión que al interior del proceso arbitral afecte algún derecho fundamental, deberá acudirse previamente a la vía procedimental específica, como es el Recurso de Anulación (artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071).

A partir de la nueva ley y del precedente constitucional vinculante, no se podrá interponer directamente el Amparo contra laudos arbitrales, pues siempre habrá que esperar que se cuestione el laudo vía Recurso de Anulación. En tanto, el Decreto Legislativo n.º 1071, ha eliminado la figura del Recurso de Apelación y sólo contempla el Recurso de Anulación que constituye una vía igualmente satisfactoria para dar pie al proceso de amparo.

En definitiva, el amparo sólo procederá: *a*) cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos

por el Tribunal Constitucional; *b*) cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; y, *c*) cuando el Amparo se ha interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Lima, septiembre del 2012.

EL PROCESO DE AMPARO Y EL ARBITRAJE

Evelyn Piqué Buitrón

EL PROCESO DE AMPARO Y EL ARBITRAJE

*Evelyn Piqué Buitrón**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Proceso de amparo.— 3. Causales de improcedencia.— 4. Del amparo alternativo al amparo residual.— 5. El arbitraje.— 6. Marco normativo.— 7. Impugnación de laudos arbitrales.— 8. Procede el proceso de amparo contra laudos arbitrales?— 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Los procesos constitucionales de control concreto han sido concebidos para la defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona, en contra de los abusos del poder estatal (eficacia vertical) y de los particulares en sus relaciones privadas (eficacia horizontal). Es así que encontramos cuatro procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, tales como: el amparo, el hábeas corpus, el habeas data y el proceso de cumplimiento. El proceso de amparo ha sido concebido para la defensa de la mayoría de los derechos fundamentales que están reconocidos en el artículo 2 de la Constitución Política del Estado, con excepción del derecho a la libertad individual y derechos conexos a ella, el derecho a la información pública y al derecho a la autodeterminación informativa, así como la exigencia del cumplimiento de normas o actos administrativos, derechos para los que se ha destinado procesos constitucionales específicos para su tutela.

* Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, tenemos que la jurisdicción arbitral es una vía excepcional de solución de conflictos que busca coadyuvar a la justicia ordinaria. Es por ende que voluntariamente las partes acudirán a la justicia arbitral para solucionar una *litis* privada, encontrándose sometidos a las reglas y normativa de dicha jurisdicción. Tal proceso arbitral —como los judiciales o administrativos— debe encontrarse regido también bajo los principios constitucionales, debiéndose respetar los derechos de las partes intervinientes, de manera que la decisión o acuerdo arbitral será respetada por las partes.

Es así que al existir un proceso excepcional como el arbitral también se exigirá el respeto de un debido proceso en el que se respeten todas las garantías constitucionales, *contrario sensu* la jurisdicción arbitral podrá ser cuestionada según los mecanismos jurisdiccionales existentes, a efectos de que se restablezca el derecho o los derechos vulnerados.

Para ello, es necesario conocer cuál sería la vía a la que el afectado o afectados deben recurrir con la finalidad de buscar tutela en el supuesto de que en el proceso arbitral se vulneren los derechos de las partes. En consecuencia, debemos analizar tanto la función y finalidad de la jurisdicción arbitral, así como analizar cómo el proceso constitucional de amparo puede constituirse en el mejor garante para la defensa de los derechos que eventualmente puedan ser vulnerados en el proceso arbitral.

A través de estas líneas lo que se pretende es dejar claramente establecido que la jurisdicción arbitral se encuentra igualmente vinculada al respeto y defensa de los derechos fundamentales. Ello implica que los actos desplegados en dicho proceso pueden ser objeto de control ante los órganos jurisdiccionales, la cuestión será dilucidar cuál es la vía idónea y eficaz para la defensa de los derechos denunciados como vulnerados en la justicia arbitral.

2. PROCESO DE AMPARO

Los procesos constitucionales —como ya lo hemos mencionado— se constituyen en la vía jurisdiccional para la defensa y protección de los derechos fundamentales. Es así que existen determinados tipos de procesos constitucionales según el derecho que se denuncie como vulnerado. Por tanto, el proceso constitucional de amparo se constituye en la vía capaz de cautelar los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2 de la Constitución Política del Estado, con excepción de la libertad personal, información pública, derecho a la autodeterminación informativa, y la exigencia del cumplimiento de normas o actos administrativos, pues para dichos derechos existen procesos constitucionales específicos para su tutela.

La Constitución Política del Perú de 1979 reconoce por primera vez al proceso constitucional de amparo como una garantía constitucional, estableciendo en su artículo 295 que:

La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.

La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de hábeas corpus en lo que es aplicable.

Asimismo, la Constitución de 1993 reconoce al proceso constitucional de amparo como una garantía constitucional, señalando en su artículo 200, inciso 2), que:

La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

En tal sentido encontramos que el proceso de amparo se constituye en una garantía capaz de defender los derechos fundamentales vulnerados tanto por el Estado como por los particulares, teniendo como

finalidad principal reponer las cosas al Estado anterior a la vulneración del derecho afectado.

No obstante ello no podemos señalar que solo la jurisdicción constitucional se encuentra vinculada a la defensa de los derechos fundamentales, puesto que en principio todos los órganos del Estado tienen el deber de protección y defensa de los derechos protegidos por la Carta Constitucional. En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado que:

[...] en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138 de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138. (RTC n.ºs 00923-2012, PA/TC, 00149-2011-PA/TC, 03486-2010-PA/TC, entre otros).

Por ende si bien el proceso de amparo cumple un rol garante y protector de los derechos fundamentales, tal función no es exclusiva sino excepcional, por lo que su activación se dará solo bajo los parámetros normativos establecidos en la normativa pertinente.

3. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO

El novísimo Código Procesal Constitucional se ha constituido en el instrumento encargado de materializar la protección de los derechos

fundamentales establecidos en la Carta Constitucional. Es así que en su artículo 1 ha establecido que:

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Asimismo, en el artículo 2 del mismo cuerpo legal se señala que:

Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.

No obstante lo señalado en los articulados referidos, el mismo cuerpo legal ha señalado cuándo no proceden los procesos constitucionales, señalando en su artículo 5 las causales de improcedencia, en las que se encuentran las principales innovaciones que tuvo el Código Procesal Constitucional, tales como el inciso 1) y 2), en los que se señalan que:

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; [...]

Con tales disposiciones se modificó esencialmente la concepción que se tenía del proceso de amparo con la Ley n.º 23506, Hábeas Corpus y Amparo, puesto que colocó al proceso constitucional de amparo como una vía de tutela urgente de derechos fundamentales.

4. DEL AMPARO ALTERNATIVO AL AMPARO RESIDUAL

Con la anterior legislación, esto es, la Ley n.º 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, el proceso de amparo era denominado como «alternativo». Es así que en su artículo 6, inciso 3) señalaba que el proceso de amparo resultaba improcedente:

Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria.

Tal disposición dejaba en libertad del agraviado el decidir recurrir a la vía ordinaria o la vía constitucional en busca de tutela de un derecho fundamental. En tal sentido, bajo dicho marco normativo, los procesos constitucionales se concebían como alternativos. Es así que —principalmente respecto al proceso de amparo— se brindó al afectado la posibilidad de optar por recurrir a la vía que considerara más idónea, tornando en inviable los procesos constitucionales cuando se decidiera recurrir a la vía ordinaria.

Respecto a ello, el profesor Mesía Ramírez expresó que:

La jurisprudencia entendió que el verbo “optar” dejaba a libre elección del agraviado interponer el proceso constitucional u otro proceso para la tutela de su derecho. Para esta interpretación de los procesos constitucionales como alternativos y no excepcionales trajo una serie de anomalías que pusieron en cuestionamiento las bondades de los procesos constitucionales, especialmente del amparo: a) en primer lugar que la naturaleza y racionalidad propia de los procesos constitucionales quedaba librada a la discrecionalidad del demandante; b) esa interpretación facilitó el uso a veces desproporcionado de los procesos

constitucionales para la discusión de procesos que no guardaban relación con un derecho constitucional directamente protegido, sino de aspectos secundarios o de alcance legal.¹

Por dicha razón, el proceso constitucional de amparo se desnaturalizó, encontrándose saturada la vía constitucional con temas que —en muchos casos— excedían el objeto de los procesos constitucionales de control concreto, haciendo que la justicia constitucional pierda atención en casos que en realidad sí ameritaban análisis concienzudo, a efectos de verificar la afectación del derecho constitucional invocado.

Es por ello que ante la dación de la Ley n.º 28237, Código Procesal Constitucional, el 1 de diciembre de 2004, se realizaron modificaciones medulares al proceso de amparo, convirtiéndolo en un proceso de tutela urgente, cuyo uso no sólo se convertía en excepcional, sino que legitimaba la función del Poder Judicial, puesto que lo colocaba como el primer nivel de protección de derechos fundamentales.

Por tal motivo, el referido Código estableció en su artículo 5, inciso 2), como causal de improcedencia, cuando:

Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; [...]

Con dicha disposición el proceso de amparo ya no podía ser utilizado de manera indiscriminada, sino que sólo procedería de constituirse en la vía única e idónea para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Es con dicha normatividad que el proceso de amparo se erige como un proceso de tutela urgente, cuyo uso se supe-dita a la real existencia de amenaza o vulneración de un derecho fundamental que no tenga otra vía para su protección.

¹ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 119.

Asimismo, la jurisprudencia no sólo ha analizado el hecho de la existencia de una vía ordinaria a la que pueda recurrir el afectado, sino que dicha vía se constituya como una vía eficaz e idónea para la protección del derecho invocado como amenazado o vulnerado. Respecto a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia lo siguiente:

Que, si bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2, la demanda de amparo no procede cuando existan vías específicas igualmente satisfactorias, ello no implica que toda pretensión planteada en el proceso de amparo resulta improcedente, siempre que haya a disposición del justiciable una vía ordinaria a la que acudir. Desde una perspectiva general, bien sabido es que para la protección de derechos constitucionales, las vías ordinarias siempre han de proveer vías procesales tuitivas, de modo que una aplicación general de tal causal de improcedencia terminaría por excluir toda posibilidad de tutela a través del proceso constitucional de amparo. Sin embargo, tal no es una interpretación *constitucionalmente adecuada* de la citada disposición, en especial si se tiene que ha de interpretársela *desde* el sentido que le irradia el artículo 200, inciso 2, de la Constitución y, además, desde la *naturaleza* del proceso de amparo, en tanto *vía de tutela urgente*. Desde tal perspectiva, en la interpretación de la referida disposición debe examinarse si, aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, en virtud de las circunstancias del caso, una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria. (RTC n.ºs 0488-2007-AA/TC, 02340-2007-AA/TC, 03191-2011-PA/TC, entre otros).

Según lo expuesto podemos concluir que el proceso constitucional de amparo será procedente cuando concurrentemente *a)* exista una vía a la que pueda recurrir el afectado; y *b)* dicha vía sea **idónea y eficaz** para la protección del derecho amenazado o vulnerado. Por ello el análisis del juez constitucional será trascendental para decidir cuándo es competente la justicia constitucional y cuándo la justicia ordinaria, otorgándole así a los procesos constitucionales la excepcionalidad y relevancia que merecen.

5. EL ARBITRAJE

El arbitraje es concebido como aquel proceso ideal en el que las partes voluntariamente recurren a un tercero con la finalidad de solucionar determinado conflicto, en poco tiempo, con acuerdo de las partes y sin mayores complicaciones, a diferencia de los procesos judiciales. Se considera así que el arbitraje nace de la desconfianza en los procesos judiciales, constituyéndose dicha institución en un proceso de confianza para quienes recurren a él, puesto que las partes que acuden a él lo hacen de manera directa y personal, es decir, en el arbitraje no se les impone —como en los procesos judiciales— a la persona que decide, razón por la que la decisión a la que se arribe será aceptada de manera pacífica por las partes. Esto significa, entonces, que el arbitraje se constituye en una vía rápida, de confianza para las partes y legítima, en contraposición de los procesos judiciales. Con ello recordamos el añejo refrán que dice «más vale un mal arreglo que un buen pleito».

Juan Lohmann Luca de Tena expresa que «e[l] arbitraje [es] una institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la solución de un cierto conflicto de Derecho Privado, respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades».²

Por su parte el Tribunal Constitucional ha señalado que:

El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde “jueces particulares” resuelven, a través de un laudo, toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

² LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 41.

Así, se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo. (STC n.º 06167-2005-HC/TC).

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 139, inciso 1, que 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.

Tenemos, entonces, que la Carta Constitucional ha establecido que la función jurisdiccional la ostenta el Poder Judicial en forma exclusiva y excluyente, siendo ello la regla general. No obstante lo expuesto la misma carta expresa que sólo puede existir, excepcionalmente, la jurisdicción militar y arbitral, como jurisdicciones independientes al Poder Judicial.

Respecto a ello, el Tribunal Constitucional ha expresado que:

En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).

De allí que, en sentido estricto, la función jurisdiccional, siendo evidente su íntima correspondencia con los principios de división de poderes y control y balance entre los mismos, debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la

aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término «jurisdicción» para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quienes infringen sus mandatos.

Sin embargo, el artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada. (STC n.º 06167-2005-HC/TC).

En tal sentido, el arbitraje se proyecta como una vía excepcional de solución de conflictos, que si bien no reemplaza ni sustituye al Poder Judicial, coadyuva con su labor jurisdiccional en la solución pacífica de las controversias.

Cabe dejar sentado que el arbitraje es la vía para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición, por lo que no puede ser utilizado para discutir la protección de derechos fundamentales ni otros derechos cuya discusión está reservada de manera exclusiva a los órganos jurisdiccionales del Estado. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que:

Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse.³ (Resaltado agregado).

Sin embargo, el hecho de que la discusión en el arbitraje verse sobre temas patrimoniales esencialmente, y que sea una vía a la que las partes acuden voluntariamente, no implica que se encuentre exenta de control por parte de los órganos jurisdiccionales (control *ex post*), puesto que

³ Sentencia n.º 01567-2006-AA/TC.

también en dicho proceso se deben respetar las garantías del debido proceso, puesto que, como todo proceso, se encuentra regido por las garantías y principios constitucionales.

6. MARCO NORMATIVO

La justicia privada busca la solución de conflictos bajo un trato directo, privilegiándose la autonomía privada, claro está, siempre que las materias a discutir puedan ser sometidas a disposición de sus titulares. Es así que tal ámbito no puede estar exento de regulación, razón por la cual el arbitraje tiene reconocimiento constitucional desde la Constitución Política de 1979, reconociéndola como una jurisdicción excepcional de solución de conflictos privados de materias específicas (artículo 233, inciso 1), habiendo sido recogida también en los artículos 139, inciso 1), 62 y 63 de la Constitución Política del Estado de 1993. Se observa así que el artículo 139, inciso 1) de la referida carta constitucional establece el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, estableciendo que sólo puede existir excepcionalmente la jurisdicción arbitral y militar. Bajo esa premisa, la regla general expresa que corresponde al Poder Judicial la solución de conflictos jurídicos, vetándose cualquier intervención de otro órgano que sea distinto al mencionado. Por ello se indica que «(..) se ha reservado el término «jurisdicción» para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringen sus mandatos».⁴ Sin embargo, dicha regla también ha admitido excepciones, tales como la jurisdicción arbitral y militar.

Tal reconocimiento constitucional ha traído como consecuencia lógica su desarrollo legislativo, el que ha sido progresivo a partir de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje, publicada el año 1996, teniendo actualmente la nueva Ley de Arbitraje regulada por el Decreto Legisla-

⁴ Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 26.

tivo n.º 1071, publicada el 28 de junio de 2008, vigente a partir del 1 de septiembre de 2008, que derogó a la anterior. Este actual texto trata de complementar algunas falencias de la anterior normatividad, tratando de hacerla más completa. Tal legislación moderna toma como base el modelo de UNCITRAL.

El nuevo marco normativo tuvo como factor preponderante para su elaboración la práctica más continua del arbitraje. Es así que la práctica local sumaría en la nueva Ley una serie de innovaciones, permitiéndose así mejorar el estándar UNCITRAL en varios aspectos.⁵

Es así que la Exposición de Motivos Oficial de la Nueva Ley de Arbitraje se expresa que:

En este orden de ideas, los cambios que se proponen en la nueva ley están dirigidos a aumentar la competitividad del Perú como sede de arbitrajes, de manera que pueda ser elegido en la región como lugar adecuado para arbitrar en razón a la existencia de un marco legal seguro y predecible, ajustado a estándares internacionales. [...] Se espera también, de otro lado, que estas nuevas reglas de juego consoliden y afiancen una cultura arbitral en los operadores del sistema, abogados, árbitros, instituciones arbitrales y jueces, por cuanto una sincronización adecuada de estos operadores garantiza un desarrollo óptimo de la institución.

Es por ende que se señala que «(...) la nueva norma tiene principalmente dos objetivos. En primer lugar, mantener los éxitos alcanzados en el arbitraje doméstico y, en segundo lugar, extender dichos éxitos al arbitraje internacional posicionando al Perú como sede de dichos arbitrajes».⁶

⁵ [http://peruarbitraje.org/pdf/COMENTARIOS A LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE TOMO I IPA.pdf](http://peruarbitraje.org/pdf/COMENTARIOS_A_LA_LEY_PERUANA_DE_ARBITRAJE_TOMO_I_IPA.pdf).

⁶ [http://peruarbitraje.org/pdf/COMENTARIOS A LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE TOMO I IPA.pdf](http://peruarbitraje.org/pdf/COMENTARIOS_A_LA_LEY_PERUANA_DE_ARBITRAJE_TOMO_I_IPA.pdf).

7. IMPUGNACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

Si bien las partes recurren ante un tercero de manera voluntaria para una solución pacífica, respecto de un tema privado sobre derechos disponibles, puede darse el caso de que existan cuestionamientos respecto a la decisión arribada, plasmada en un laudo arbitral. Es así que surge la denominada impugnación de laudos arbitrales, como mecanismo para cuestionar las posibles irregularidades o vicios que contengan la decisión emitida en ámbito arbitral.

Tenemos así que en la Ley n.º 26572, se reguló los **recursos de apelación y anulación** de laudo arbitral, mientras que en el Decreto Legislativo n.º 1071, se denomina **recurso de anulación**.

En el artículo 62 del Decreto Legislativo n.º 1071, se establece que el recurso de anulación procede:

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

En tal sentido, tenemos que la legislación actual establece el recurso de anulación como *única vía de impugnación del laudo*, que tiene como fundamento la incurrencia en alguna irregularidad o vicio en el proceso arbitral.

Entonces, se advierte que existe una vía judicial que permite que las partes que participan en un laudo arbitral puedan cuestionar judicialmente las actuaciones y decisiones emitidas en dicho proceso, claro está, verificando en qué causal se encuadra la afectación.

Debemos tener en cuenta que las causales taxativamente señaladas en la ley tienen como órgano competente para dilucidar el conflicto al Poder Judicial, debiendo tener presente que éste es la primera línea de defensa de los derechos fundamentales, teniendo plena competencia para resolver tales pretensiones.

Tenemos así que, si bien la jurisdicción arbitral tiene reconocimiento constitucional, por lo que dicha instancia tiene plena competencia para resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible, así como la ley o los tratados o acuerdos internacionales lo autoricen, con independencia de la intervención jurisdiccional, ello no implica que posteriormente se cuestione la actuación arbitral ante el ente judicial, encuadrándola en alguna de las causales establecidas en la ley. Es decir, existe un control judicial en el que se analizará la validez del laudo arbitral emitido según la causal denunciada.

Asimismo, tenemos que el afectado también puede recurrir a los jueces constitucionales cuestionando la validez de la decisión arbitral, correspondiéndole a éstos la verificación de tal denuncia. Aquí nos estamos refiriendo al denominado proceso de amparo arbitral.

Se evidencia así que la impugnación de los laudos arbitrales procede, tanto ante el Poder Judicial como ante el Tribunal Constitucional, siendo necesario, entonces, establecer en qué supuestos es competente uno u otro. Aquí es menester establecer si el recurso de anulación constituye una vía previa o una vía igualmente satisfactoria para la defensa de los intereses de las partes. El presente artículo pretende dar una respuesta a dicha interrogante.

8. ¿PROCEDE EL PROCESO DE AMPARO CONTRA LAUDOS ARBITRALES?

El arbitraje concebido como el proceso al que las partes acuden voluntariamente respecto de derechos disponibles, tiene como finalidad la

solución específica de un conflicto determinado, encontrándose la decisión en exclusiva competencia del órgano arbitral, quien se encuentra facultado para el dictado de reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo del referido proceso. Por el principio de la *Kompetenz-Kompetenz* se busca la no interferencia por parte de otros órganos en materia de su competencia. Respecto a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

[...] Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas las autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.⁷

No obstante ello, el arbitraje como parte esencial del *orden público constitucional*⁸ se encuentra vinculado al respeto de la supremacía normativa de la Constitución; es decir, por el hecho de que las materias sometidas al arbitraje no versen respecto de derechos indisponibles, no implica que en dicho ámbito se afecten los derechos fundamentales de las partes. Esto significa que los árbitros también se encuentran vinculados en su función jurisdiccional por el respeto y defensa de los derechos fundamentales de las partes involucradas en dicha esfera.

En esta línea el Tribunal Constitucional expresó:

[...] la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con

⁷ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

⁸ STC n.º 06167-2005-PHC/TC.

inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.⁹

Es así que no se puede más, claro está, que exigir el respeto por los derechos involucrados en dicho proceso. De advertirse una situación contraria a la expuesta, es decir, actos vulneratorios en el proceso arbitral, las partes pueden válidamente acudir ante los órganos jurisdiccionales en busca de tutela y protección de sus derechos. La pregunta aquí sería cuál es la vía a la que pueden y deben recurrir las partes para cuestionar las irregularidades y afectaciones surgidas en el proceso arbitral. Algunos expresan que todo cuestionamiento realizado respecto de un laudo arbitral debe de hacerse bajo el mecanismo adoptado por la Ley de Arbitraje, esto es, el recurso de anulación. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha sido muy fluctuante respecto a qué vía es la idónea y cuándo es competente el Tribunal Constitucional. Es así que respecto a esto encontramos que el Tribunal Constitucional tuvo diversas posturas sobre el control constitucional de la jurisdicción arbitral. Es así que en la STC n.º 00189-1999-AA/TC, el Tribunal Constitucional resolvió la causa de la Pesquera Rodga S.A. Lima contra los integrantes de un tribunal arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO PERÚ), señalándose en dicha oportunidad que:

[...] es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un tribunal arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido

⁹ STC n.º 06167-2005-PHC/TC. Fundamento jurídico n.º 9.

determinar en la *ratio decidendi* de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento.

Que, en materia de procesos constitucionales, contra resoluciones de la jurisdicción común e incluso de la jurisdicción militar, existe un criterio desde hace mucho tiempo, que ha sido reafirmado en reiteradas oportunidades y que tiene su punto de partida en el texto original del inciso 2) del artículo 6 de la Ley n.º 23506, que a la letra dispone: «No proceden las acciones de garantía... contra resolución judicial emanada de procedimiento regular» (texto que, por cierto, ha sido modificado —en realidad complementado— por la Ley n.º 27053, pero que no resulta pertinente invocarse en esta oportunidad, por haber sido expedida dicha norma con posterioridad al inicio del presente proceso). Bajo dicho contexto, ‘procedimiento regular’ —ya lo ha dicho este Tribunal— es aquél en el que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es ‘procedimiento irregular’ aquél en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o, simplemente, vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional. De manera que frente al primer caso y por referencia explícita a los laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares».

Tal decisión afirmó que el proceso constitucional de amparo admitía los cuestionamientos a un laudo arbitral —claro está, partiendo de la premisa del control de las resoluciones judiciales, exigiendo la regu-

laridad de éstas—, empezando el desarrollo del denominado *amparo arbitral*.

Posteriormente, el mismo ente, a raíz del caso Cantuarias Salaverry,¹⁰ expresó que:

[...] control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

[...] El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que, tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.

Tenemos, entonces, de dicha decisión que el Tribunal consideró en dicha decisión el control constitucional por parte de laudo arbitral, pero considerando también que el recurso de apelación y anulación (denominado así en la Ley n.º 26572) y/o recurso de anulación (Decreto Legislativo n.º 1071) constituían la vía previa a la que las partes debían acudir. Es decir, el control constitucional se encontraba supeditado a verificar si las partes habían agotado la vía previa establecida en la ley contra el lau-

¹⁰ STC n.º 06167-2005-PHC/TC.

do arbitral. Es así que no se negó la posibilidad del control constitucional del laudo arbitral, pero se estableció que la acusación tenía que estar directamente referida a la afectación de derechos constitucionales y a la transgresión de la doctrina jurisprudencial vinculante o a los precedentes vinculantes, estableciendo para el supuesto de derechos disponibles la necesidad de agotar la vía previa.

Tal concepción se reafirmó y amplió en la STC n.º 04972-2006-PA/TC, estableciéndose también la exigencia de agotar la vía previa, claro está, siempre y cuando, sean pertinentes. No obstante ello, también otorgó la posibilidad del amparo directo contra el laudo arbitral estableciendo determinados supuestos.

Finalmente, recientemente el Tribunal Constitucional ha emitido la decisión en el caso de la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia,¹¹ estableciéndola como precedente vinculante, esto es, de obligatorio cumplimiento por parte de todos los órganos del Estado. En dicha decisión el Tribunal modificó la anterior concepción que se tenía respecto del amparo arbitral, estableciendo las reglas de su procedencia:

El **recurso de anulación** previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los **recursos de apelación y anulación** para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen *vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales*, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.

De conformidad con el inciso b) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma

¹¹ STC n.º 00142-2011-PA/TC.

regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos, la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65 e inciso 1 del artículo 73 de la Ley n.º 26572, respectivamente.

Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el arbitraje, artículo 63 [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65 [inciso 1] y 73 [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).

La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.

Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.¹²

Con esta decisión, el recurso de anulación (Decreto Legislativo n.º 1071), y/o recursos de apelación y anulación (Ley n.º 26572) ya no constituyen más vías previas, sino vías procedimentales específicas, igual-

¹² STC n.º 00142-2011-PA/TC. Fundamento jurídico n.º 20.

mente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, impidiendo el control constitucional directo contra el laudo arbitral.

No obstante ello en dicha decisión también se estableció en qué supuesto procedía el proceso de amparo arbitral, enumerando los supuestos de manera puntual:

No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Se advierte así que en la decisión materia de comentario si bien permite el amparo arbitral, lo hizo de manera cerrada y explícita, no permitiendo la amplitud de la procedencia del amparo arbitral como en los casos anteriormente mencionados.

En tal sentido tenemos que actualmente procede el proceso de amparo contra el laudo arbitral solo por las causales referidas, debiendo acudir a la vía de la anulación de laudo de darse otro tipo de cuestionamiento puesto que constituye —según dicho precedente— la vía igualmente satisfactoria, imposibilitando así el control constitucional directo respecto del laudo.

Respecto a ello, debo manifestar que si bien el legislador ha establecido taxativamente las causales sobre las que procede el recurso de anulación de laudo, también debemos tener presente que la realidad muchas veces supera a la norma, razón por la que podrá darse el caso en el que existan denuncias contra el laudo arbitral que no puedan encontrarse ni en las causales establecidas por el legislador ni en los supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional; en dicho caso, la pregunta sería ¿a dónde recurrirá el presunto afectado? Considero que es legítima y necesaria la intervención del Tribunal Constitucional, a efectos de que se analice la posible afectación de los derechos constitucionales de las partes.

Por ende, el concebir el recurso de anulación como la vía idónea igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, en algunos casos, constituirá un atentado contra los derechos fundamentales de las partes que intervienen en el proceso arbitral. Y digo esto porque el propio Tribunal Constitucional ha establecido que un Estado Constitucional no puede concebirse poderes omnímodos ni zonas exentas de control. Es así que en la STC n.º 0007-2007-AI/TC, haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de noviembre de 2005 (Expediente n.º 05854-2005-AA), expresó que:

De acuerdo con los artículos 201 de la Constitución y 1 de la LOTC, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el fundamento n.º 35, *supra*, establece que toda interpretación de los artículos 142 y 181 de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.

En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CP Const., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos.

Todo juez y tribunal de la República —sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales— se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y Primera Disposición Final de la LOTC).

Siendo así, cuando nos encontramos frente a vulneraciones flagrantes de derechos fundamentales —independientemente del tipo de proceso— que no encuadren ni las causales establecidas en la Ley General de Arbitraje, ni en los supuestos establecidos en el precedente vinculante referido, le corresponderá al Tribunal Constitucional, a través del proceso constitucional de amparo, resolver la denuncia respecto de la afectación del derecho fundamental.

No obstante lo expuesto, tampoco debemos olvidar que la primera línea de defensa de los derechos fundamentales es el Poder Judicial, teniendo los jueces de la nación el deber de velar por la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, debiendo desenvolver todos sus esfuerzos con dicha finalidad.

En tal sentido, podemos afirmar que el recurso de anulación se constituirá en la vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado como vulnerado, siempre y cuando tal vía sea eficaz e idónea, puesto que en el supuesto contrario el afectado podrá recurrir al proceso de amparo arbitral, al margen de que la denuncia de afectación no encuadre en los 3 supuestos establecidos en citado precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional.

9. CONCLUSIONES

Después de lo expresado, considero que podemos concluir afirmando que:

- i) El proceso constitucional de amparo tiene como principal objetivo la defensa y el mantenimiento de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, teniendo para ello la función de controlar los actos desplegados, tanto por el Estado como por los particulares. En tal sentido, al considerar que no existen zonas exentas de control constitucional, el proceso constitucional de amparo se constituirá en el mecanismo procesal idóneo al que pueden recurrir los que consideren afectados sus derechos fundamentales. No obstante ello, no podemos considerar al proceso constitucional de amparo como única vía de defensa y protección de los derechos fundamentales, puesto que en la primera línea de defensa de los referidos derechos se encuentra el Poder Judicial, teniendo los jueces de la nación bajo sus hombros la responsabilidad de tutelar y defender los derechos fundamentales, razón por la que considero que de existir un mecanismo idóneo eficaz ante el Poder Judicial se deberá recurrir a él, ya que *contrario sensu*, se estaría deslegitimando la facultad que constitucionalmente se le ha otorgado a dicho órgano.

- ii) El arbitraje es una vía excepcional de solución de conflictos relacionados con materias de libre disposición, facultando a los particulares para que se sustraigan de la jurisdicción estatal. Es así que si bien es una vía reconocida constitucionalmente como autónoma e independiente, el sometimiento a ella no implica renuncia a ningún derecho fundamental que contraría el orden público, razón por la que los árbitros también se encontraran vinculados al respeto y defensa de los derechos fundamentales de las partes que se sometan a su jurisdicción.

- iii) Es pertinente expresar que, de darse algún cuestionamiento contra el laudo arbitral que se encuentre establecido en la ley como una causal de anulación, el afectado deberá recurrir al Poder Judicial a efectos de que éstos, en legítimo uso de su potestad jurisdiccional y defensores de los derechos fundamentales, resuelvan la denuncia conforme a la Constitución y a la ley. De darse algún supuesto que no se encuentre en la ley como causal de anulación, el afectado podrá recurrir al proceso constitucional de amparo, así no sea un supuesto establecido en el precedente vinculante n.º 00142-2011-PA/TC, correspondiéndole al juez constitucional su intervención en plena defensa de los derechos fundamentales. En tal sentido, el proceso de amparo arbitral será procedente en cualquier supuesto que no se encuentre en la ley como causal de anulación, independientemente de los supuestos establecidos en el precedente vinculante, asegurando de esta manera la protección eficaz y una tutela jurisdiccional efectiva que garantice la vigencia de los derechos fundamentales. En conclusión, considero que el recurso de anulación constituirá la vía eficaz igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, siempre que el supuesto invocado se encuentre establecido como causal de impugnación del laudo arbitral en la ley, debiendo analizarse también la eficacia e idoneidad de dicho recurso. De no encuadrar la denuncia realizada por el afectado en las causales referidas, éste podrá legítimamente recurrir a la vía constitucional del proceso de amparo, independientemente de los supuestos señalados en el precedente vinculante (STC n.º 00142-2011-PA/TC).

¿UN GRAN PASO HACIA LA AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE?
EL NUEVO PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Rita Sabroso Minaya

¿UN GRAN PASO HACIA LA AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE? EL NUEVO PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Rita Sabroso Minaya**

Sumario: 1. Introducción.— 2. El modelo de control constitucional del arbitraje establecido en el precedente.— 3. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que ha suscitado un interesante debate doctrinario, en los últimos años, ha sido el relativo a la procedencia del amparo arbitral, debate que —de alguna manera— fue solucionado con el primer precedente de observancia obligatoria que el Tribunal Constitucional emitió sobre este tema en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, ya que en él se estableció claramente que debe protegerse la jurisdicción arbitral en virtud del *principio de no interferencia*.

En efecto, en dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional subrayó que los tribunales arbitrales —dentro del ámbito de su competencia— se encuentran facultados para desestimar cualquier interven-

* Abogada en ejercicio titulada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima y de Contratos Típicos en la Universidad Científica del Sur. Con estudios en la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial de dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaria Arbitral en procesos Ad-Hoc.

ción y/o injerencia de terceros, incluidas autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a abocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.¹

Sin embargo, sostenemos que el problema de la indebida intervención de la jurisdicción ordinaria en los procesos arbitrales se solucionó «de alguna manera», porque el propio Tribunal Constitucional no sólo estableció excepciones a la regla de que los recursos de anulación y/o apelación eran la vía previa para acudir al amparo,² sino que —en algunos casos— contravino su propio precedente, retrocediendo todo lo avanzado en la lucha por la autonomía del arbitraje y por la no interferencia de los tribunales ordinarios en el análisis de cuestiones de fondo.

Y es que aún recordamos casos como el de CODISA, el de CRASA y el de IVESUR, en donde el Tribunal Constitucional:

- (i) Admitió demandas de amparo, sin que se haya agotado la vía previa (recurso de anulación) y sin que se presentara alguna de las excepciones contempladas en la Sentencia recaída en el Expedienten n.º 4195-2006-PS/TA;
- (ii) Se pronunció sobre los alcances de cláusulas contractuales (es decir, analizaba temas de fondo que no eran —en modo alguno— de competencia del referido Colegiado);
- (iii) Cuestionó la interpretación realizada por los árbitros respecto de normas legales, a pesar de que de tales interpretaciones no se desprendía un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido; y

¹ Ello a consecuencia del mal uso de procesos judiciales y, en especial, de procesos de amparo, para suspender o alterar el normal funcionamiento del Tribunal Arbitral.

² Ver la sentencia recaída en el Expediente n.º 4195-2006-PA/TC, en donde se precisó supuestos adicionales para la procedencia de amparo en contra de laudos arbitrales.

- (iv) Se olvidó que la valoración y calificación de los hechos sometidos a arbitraje, son de exclusiva competencia de los árbitros.

Ante dicha situación, fueron muchas las voces que se alzaron en rechazo a la labor que venía realizando el Tribunal Constitucional, dado que se debilitaba al arbitraje y se generaba inseguridad. Por ello, se invocó al Colegiado para que volviera —lo más rápido posible— a la línea trazada en sentencias como las recaídas en los Expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC, n.º 1567-2006-PA/TC y n.º 04195-2006-AA/TC, en resguardo del debido proceso y del respeto que el arbitraje se merece.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha aprobado un nuevo precedente de observancia obligatoria contenido en el Expediente n.º 0142-2011-AA/TC, a través del cual el Colegiado establece nuevas reglas para la procedencia e improcedencia del amparo arbitral.

2. EL MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE ESTABLECIDO EN EL PRECEDENTE

En primer lugar, en este nuevo precedente, el Tribunal Constitucional reseña brevemente cómo ha evolucionado el control constitucional sobre el arbitraje desde la primera vez que este tema se sometió a su discusión en 1999, resaltando los alcances de la jurisdicción arbitral, teniendo en cuenta su especial naturaleza.

Luego, el Tribunal Constitucional señala —correctamente— que «en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el artículo 5 del inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales

circunstancias, quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5 (...).

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional entiende —tal y como está establecido en la Décimo Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el arbitraje— que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

De esta manera, advertimos un cambio positivo, si tomamos en cuenta que el fundamento n.º 14 del antiguo precedente establecía que «si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derecho de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo», entendiéndolo como vía previa al recurso de anulación y/o apelación. En otras palabras, con el precedente contenido en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, el control constitucional —vía amparo— se daba *ex post* a que la parte agraviada haya agotado las referidas vías previas.³

Con el nuevo precedente, el Tribunal Constitucional deja claramente establecido que el recurso de anulación no es una vía previa al amparo, sino una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho.

³ Recordemos que, incluso, en el expediente n.º 4195-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional precisó algunos supuestos sobre procedencia de amparos en contra de laudos, siendo uno de ellos el que «aun habiendo culminado el proceso arbitral, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos de apelación o anulación». (El subrayado es nuestro).

Por ello, en el fundamento n.º 20 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 0142-2011-AA/TC, el Colegiado establece las siguientes reglas:

- a) El recurso de anulación (y de apelación para aquellos procesos sujetos a la derogada Ley n.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo, salvo las excepciones establecidas en la propia sentencia.
- b) No procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva.
- c) No procede el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral.
- d) No procede el amparo cuando las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna.
- e) Si se interpone demanda de amparo, desconociendo las referidas reglas, no se suspende ni interrumpe los plazos para interponer los recursos de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Sin embargo, como resulta evidente, esta última regla implica —en los hechos— que el amparo sí será un control *ex post* a los mecanismos de impugnación recogidos en el Decreto Legislativo n.º 1071.

En efecto, esta última regla permitiría que aquella parte renuente al cumplimiento del laudo y que acudió a la «vía específica e idónea del recurso de anulación», pueda acudir al proceso de amparo. Obviamente, el amparo no lo interpondrá en contra del laudo (respetando así, las reglas establecidas en este precedente), pero sí lo hará en contra de la resolución judicial que resuelva en última instancia el recurso de anulación.

En otras palabras, más de lo mismo. Es decir, en los hechos, seguirán siendo tres las etapas para resolver una controversia: la arbitral, la judicial (vía recurso de anulación) y la constitucional (vía el amparo en contra de la resolución judicial).⁴

Por su parte, el fundamento n.º 21 del precedente bajo comentario, también se establecen tres reglas de procedencia de un amparo arbitral; a saber:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional;
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional;⁵ y

⁴ Tal vez, sería conveniente que el Tribunal Constitucional contemple la posibilidad de establecer una excepción al artículo 4 del Código Procesal Constitucional o, en todo caso, el Colegiado debería especificar que el amparo en contra de la resolución judicial que resolvió en última instancia el recurso de anulación, puede ser objeto de un proceso de amparo, siempre y cuando lo resuelto en dicho proceso de amparo no afecte —de modo alguno— al laudo que fue objeto del recurso de anulación.

⁵ «Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional
Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.⁶

A nuestro entender, los supuestos de procedencia del amparo arbitral contemplados en los citados literales a) y b), también podrían ser resueltos por el juez que conoce el recurso de anulación (vía específica e igualmente satisfactoria).

En efecto, ya sea que un tribunal arbitral ha vulnerado precedentes vinculantes del propio Tribunal Constitucional o que ha ejercido incorrectamente el control difuso, estaremos ante la vulneración de derechos que bien podrían estar considerados en el literal b) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071. No entendemos por qué si el propio Tribunal Constitucional ha señalado que «no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva», sí procedería ir al amparo arbitral en esos dos casos. Lo ideal, a nuestro entender, es que también para estos casos, la vía correcta sea el recurso de anulación.

Por otro lado, el precedente establece que para esos dos casos será necesario que «quien se considere afectado haya previamente formu-

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

(...).

⁶ **«Artículo 14.-** *Extensión del convenio arbitral.*

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos».

lado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo».

Aquí cabe preguntarnos cuál sería el mecanismo, a través del cual se podría efectuar el reclamo expreso ante el Tribunal Arbitral, si —como sabemos— contra el laudo (en donde se habría vulnerado algún precedente vinculante del Tribunal Constitucional o en donde se habría ejercido incorrectamente el control difuso) sólo cabe interponer, ante el tribunal arbitral, los recursos contemplados por el artículo 58 del Decreto Legislativo n.º 1071, a saber: interpretación, rectificación, integración y exclusión.

La solicitud de rectificación en absoluto puede implicar una modificación al contenido de la decisión del tribunal arbitral, sino que debe dirigirse meramente a la corrección de errores materiales en el laudo que requirieran ser corregidos. Como bien señala Segoviano Astaburuaga,⁷ es clara la razón de ser de la posibilidad de rectificar errores del laudo. Carecería de sentido que ante un mero error material, la regulación del arbitraje presentara un sistema rígido, imposibilitador de toda corrección, pues, en ocasiones, ello conduciría a que el arbitraje careciera de toda eficacia.

Por su parte, la interpretación tiene por objeto solicitar al tribunal arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutive del laudo que resulten oscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutive o decisorio del laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje. Queda claro, entonces, que mediante el recurso de

⁷ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa. «Corrección, aclaración y complemento del laudo». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 640.

interpretación no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral.

A diferencia de las anteriores, la integración busca salvar la posible deficiencia del laudo respecto de la omisión de alguno de los puntos sometidos a decisión del tribunal arbitral. En tal sentido, la integración del laudo tampoco debe implicar la modificación de decisiones ya adoptadas por el tribunal arbitral respecto de los puntos que fueron materia de controversia y que fueron resueltos oportunamente en el laudo, ni la incorporación de nuevos puntos controvertidos que no fueron materia del proceso arbitral.

Finalmente, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que los recursos contemplados por el referido artículo 58 no tendrían por finalidad atender un reclamo relativo a la vulneración de algún precedente vinculante del Tribunal Constitucional o relativo a una incorrecta aplicación de control difuso.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional deberá aclarar si el «reclamo expreso ante el tribunal arbitral» será ejercido a través de otro mecanismo no contemplado en el Decreto Legislativo n.º 1071 o si pretende dar mayores alcances a alguno de los ya regulados.

Por otro lado, a nuestro entender, el supuesto de procedencia del amparo arbitral contemplado en el literal c) del fundamento n.º 21, resulta totalmente acertado. Es decir, estamos de acuerdo en que el amparo sí proceda cuando quien lo interpone es un tercero que no forma parte del convenio arbitral.

Como sabemos, la doctrina precisa que la expresión «alcance del acuerdo arbitral» puede recibir dos significados: alcance *rationae materiae* del pacto arbitral y alcance *rationae personae* del mismo. El primer alcance hace referencia a aquellas materias o controversias que se encuentran cubiertas por la voluntad de las partes, tal y como ella ha sido expresada en el pacto arbitral; mientras que el segundo alcance hace referencia a las partes que estarían obligadas por el pacto arbitral.

En tal sentido, un tercero —al no ser parte del convenio arbitral— no participa del arbitraje y tampoco puede interponer recurso de anulación alguno en contra del laudo que se emita, en el supuesto de que dicho laudo afectase de forma directa sus derechos constitucionales.

En efecto, recordemos que el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 parte de la premisa de que el recurso de anulación es procedente sólo si la causal invocada fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral y el mismo fue desestimado.

En tal sentido, en este caso, el recurso de anulación no sería una vía idónea para el caso del tercero. Por ello, acertadamente, se contempla que él podrá acudir directamente a un amparo en contra de un laudo arbitral.

Ahora bien, más allá de que no estemos de acuerdo con los dos primeros supuestos del fundamento n.º 21 y sí con el tercero, el Tribunal Constitucional —acertadamente— precisa que «la sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez

o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje».⁸

3. CONCLUSIONES

Con este nuevo precedente, el Tribunal Constitucional da un paso importante en la consolidación del arbitraje.

En efecto, se ha establecido expresamente que el recurso de anulación no debe ser entendido como una vía previa al proceso de amparo (como se había establecido en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC), sino que se trata de una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Asimismo, se ha señalado expresamente que, en ningún caso, el juez o el Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje, evitando así que se repitan casos como los que se presentaron en los últimos años.

Sin embargo, y sin desconocer el enorme mérito e importancia de este nuevo precedente, consideramos que no se ha terminado de blindar por completo al arbitraje.

Ello, en tanto la última regla del fundamento n.º 20 implica —en los hechos— que el amparo siga siendo un control *ex post* a los mecanismos de impugnación del laudo y, en tanto los dos primeros supuestos del fundamento n.º 21, bien podrían ser resueltos a través del recurso de anulación, sin necesidad de acudir al amparo arbitral.

No obstante ello, lo reiteramos, este precedente significa un paso importante en resguardo del debido proceso y del respeto que el arbitra-

⁸ Último párrafo del fundamento n.º 21.

je se merece, como fuero jurisdiccional contemplado expresamente por el artículo 139 de nuestra Constitución Política, restableciendo —además— la confianza que el medio académico y profesional debe tener con respecto al propio Tribunal Constitucional.

Lima, noviembre del 2012

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ
Y EL CONTROL DIFUSO POR PARTE DE LOS ÁRBITROS
Omar Sar Suárez

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ Y EL CONTROL DIFUSO POR PARTE DE LOS ÁRBITROS

*Omar Sar Suárez**

Sumario: 1. Introducción.— 2. El modelo norteamericano o de control difuso.— 2.1. Antecedentes.— 2.2. *Marbury vs. Madison*: La plasmación del modelo a nivel federal.— 3. El modelo europeo continental.— 3.1. Antecedentes.— 3.2. La actualidad del control concentrado.— 4. Nuestro modelo de jurisdicción constitucional.— 4.1. Antecedentes.— 4.2. El modelo vigente.— 5. El control difuso como facultad de los árbitros.— 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Existen dos modelos puros de jurisdicción constitucional, el desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y el europeo continental que introduce tribunales o cortes constitucionales como organismos autónomos con facultades de control concentrado.

El primero de ellos, aparece y se desarrolla con carácter «difuso», en el sentido de que no existe un órgano especializado que monopolice

* Catedrático de Derecho Procesal Constitucional en el Doctorado de la Universidad de San Martín de Porres, la Academia de la Magistratura y el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

específicamente esta tarea, sino que cada juez¹ en ejercicio de su propia jurisdicción, con el fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, deja de aplicar la norma legal que resulte contraria a la Constitución sin que la misma pierda por ello su vigencia.

Las cuestiones constitucionales, en el sistema norteamericano, son vistas en definitiva por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, de manera incidental, en juicios que versan sobre asuntos civiles, laborales, tributarios, penales, etc., y sólo a partir de ellos y si el Tribunal Supremo lo considera imprescindible, se podrá realizar un enfoque constitucional.

En el sistema del precedente (*stare decisis*), típico de los ordenamientos anglosajones (*common law*), las cortes inferiores se encuentran vinculadas por los pronunciamientos de las instancias superiores, por lo cual una sentencia de la Corte Suprema termina por tener una suerte de eficacia general.

En el segundo modelo, por el contrario, se accede al juicio de constitucionalidad en vía principal (directa o de acción), mediante una acción de inconstitucionalidad, cuya pretensión consiste en que se lleve a cabo un control de tipo abstracto.

Por razones de orden político vinculadas a la necesidad de garantizar una efectiva y tajante separación de poderes, en la experiencia europea continental se forma la idea de confiar el control de constitucionalidad a un tribunal ad-hoc, cuya función consiste en garantizar la supremacía de la Constitución frente a las leyes del parlamento.

¹ En nuestro medio, como veremos en el presente trabajo, este poder-deber se entiende extendido al Jurado Nacional de Elecciones, a los órganos administrativos que tengan función jurisdiccional, composición colegiada y alcance nacional y a los árbitros.

El tipo de control de constitucionalidad propuesto por Kelsen, aunque como veremos no fuera el primero, confiaba sólo al Tribunal Constitucional el poder de declarar inconstitucionales las leyes con efecto general (*erga omnes*).

Nuestra constitución recoge uno y otro modelo, ya que a la tradición de control difuso que predominó en la constitución histórica se viene a incorporar, desde la carta de 1979, el control concentrado de constitucionalidad de las normas con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales que se recogiera con diferente integración, competencia y denominación en la Constitución de 1993.

Se encuentra debatido si nuestro sistema es dual o mixto. El primero sería aquél donde los sistemas originarios coexisten sin mezclarse ni desnaturalizarse, por el contrario, de acuerdo con la segunda tesis los sistemas combinan algunos de sus elementos originando un producto autóctono diferente a los sistemas de origen.²

Domingo García Belaunde sostiene la primera tesis, pero modestamente nos permitimos disentir de su autorizada opinión toda vez que las competencias del Tribunal Constitucional no concuerdan exactamente con las del modelo europeo ya que no posee, por ejemplo, capacidad para autoplantearse la cuestión de constitucionalidad cuando resuelve procesos de amparo, pudiendo tan sólo recurrir al ejercicio del control difuso.³ Adicionalmente, el precedente que orienta la actuación de los órganos inferiores en el sistema norteamericano proviene de la máxima instancia de ese poder del Estado diseñado por el artículo tercero de su Constitución, en cambio, en nuestro ámbito el precedente constitucional emana del Tribunal Constitucional a te-

² Una aproximación al tema puede encontrarse en GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La Constitución y su dinámica*. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 21 y ss.

³ Una interesante mirada al tema surge de lo resuelto en el caso Salazar Yarlénque, Expediente n.º 03741-2004-AA, fundamento jurídico n.º 39.

nor de lo que dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

2. EL MODELO NORTEAMERICANO O DE CONTROL DIFUSO

2.1. *Antecedentes*

Se suele ubicar el origen del modelo de control difuso en la sentencia expedida en el caso *Marbury vs. Madison*, pero ello no es exacto, ya que existen antecedentes que desarrollaron los cimientos sobre los que se apoya dicho pronunciamiento.

Hacia 1610 el Parlamento Británico aprueba una norma que confirma la previsión del Estatuto del Real Colegio de Médicos que otorgaba a esta institución la facultad de juzgar las infracciones a los deberes profesionales e imponer multas a los profesionales que faltaran a sus reglas. Las multas eran destinadas en un cincuenta por ciento a la Corona y el otro cincuenta por ciento era destinado al propio Colegio.

El doctor Bonham, egresado de Cambridge, fue sancionado con una multa al amparo de dicha ley por ejercer la profesión sin estar colegiado. El galeno incumplió con el pago y la multa fue convertida en arresto. Ante tal situación, y aun antes de que se aprobara el *Habeas Corpus Act*, que data de 1679, planteó una demanda por prisión injusta.

El Tribunal de Causas Comunes presidido por Edward Coke resolvió que no resulta admisible que una institución sea juez para dictar sentencia, ministro para hacer convocatorias y parte interesada para recibir la mitad de la multa.

Al respecto, se dejó sentado que:

[...] aparece en nuestros libros que en muchos casos la ley común (*Common Law*) sirve para contrastar las leyes del Parla-

mento, y a veces las declaran nulas; porque cuando una Ley del Parlamento va contra el derecho y la razón comunes o repugna o es imposible de cumplir, el *Common Law* servirá para declararla inválida.

Estas ideas no tuvieron arraigo en Gran Bretaña, ya que en *Lee vs. Bude & Torrington Junction Ry* se estableció que no era atribución de los jueces evaluar si una ley era constitucional o no en los siguientes términos:

Nos sentamos aquí como servidores de la reina y de la legislatura. ¿Debemos actuar como regentes de lo que ha hecho el Parlamento con el consentimiento de la Reina, de los Lores y los Comunes? Deniego que esa autoridad exista. Los procedimientos son aquí judiciales no autocráticos, lo que serían si pudiéramos hacer las leyes en lugar de administrarlas.

También abonaba en contra de esa teoría el desarrollo de la lógica de supremacía del Parlamento que consolidó la idea de que dicho poder del Estado podía hacerlo todo, salvo convertir a un hombre en mujer o a una mujer en hombre.

La revolución de 1688, de la que Locke fue un caluroso apologista, transformó la monarquía absoluta de los Estuardo en una monarquía constitucional y parlamentaria, que estableció la supremacía de la Cámara de los Comunes y plasmó su ideología en el *Bill* de derechos que antecedería a las Declaraciones de fines del siglo XVIII.

Por el contrario, la Revolución Norteamericana⁴ resulta ser un contexto político ideal para el desarrollo de doctrinas como la que promueve la limitación del poder, el tránsito del estado legal al estado consti-

⁴ En las colonias inglesas de América, recurriendo a la filosofía de Locke sobre el derecho natural, se promovería una gran revolución cuando los colonos se negaron a pagar un impuesto establecido por el parlamento inglés, en el que no estaban representados. Para 1775 la disputa había llegado a una guerra declarada que acabara con su independencia y la posterior sanción de la Constitución.

tucional y la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes por el Poder Judicial.⁵

La doctrina norteamericana y los constituyentes asumían claramente la supremacía de la Constitución frente a la ley y también que debían existir órganos que la garanticen y mecanismos procesales a los que recurrir en casos de incompatibilidad, pero existían importantes discrepancias sobre si otorgar o no este control a los jueces.

Estas diferencias teóricas se apoyaban, además, sobre una importante polémica política, la que se desarrollaba en aquel tiempo entre federalistas y antifederalistas. Los primeros eran partidarios del control difuso, pero sus oponentes, que defendían la primacía de los Estados frente a la federación, temían que conferir la «*judicial review*» a los jueces pudiera debilitar la autonomía de los Estados, en la medida en que los jueces federales podrían anular normas de los Estados que colisionaran con la Constitución Federal.

En buena cuenta, el tema del control difuso no fue incluido en la Constitución Federal porque los convencionales no lograron ponerse de acuerdo, pese a que un grupo de convencionales, entre ellos Wilson y Madison, quiso establecer algo semejante al Consejo de Revisión previsto en el Estado de Nueva York, que tuviera poder de veto en relación con la legislación del Congreso Federal.

Durante el período que media entre la revolución y la aprobación de la Constitución Federal se resolvieron varios casos en los que el Poder Judicial declaró la inconstitucionalidad de normas legislativas que

⁵ Corresponde advertir que en la Constitución de Pennsylvania de 1776 podemos encontrar una forma de control constitucional de la norma de estilo francés, ya que se introdujo un consejo de censores renovables cada siete años, encargados de examinar las transgresiones a la Constitución. Este consejo, que se reunió en 1783, no tuvo mayor éxito ni trascendencia. Instituciones similares se incorporaron en los textos constitucionales de los Estados de Vermont y Nueva York (Consejo de Revisión).

se entendían contrarias a constitución de los Estados, pero debe tenerse presente que nos movemos en el ámbito estatal sin trascender al ámbito federal.

El primer caso al que haremos referencia es *Commonwealth⁶ vs. Caton*, resuelto por la Corte de Apelación de Virginia en 1782, donde decidió la inconstitucionalidad de una ley local que eliminaba la facultad del Poder Ejecutivo para conceder indultos, que se encontraba prevista en la Constitución del Estado.

Se sostuvo que si el conjunto de la legislatura afectase derechos por medio de la ley, el Poder Judicial, administrando la justicia pública del país, haría frente a los poderes coaligados y apoyándose sobre la Constitución, fijaría el límite de su autoridad. La resonancia de este caso fue grande y convenció sobre la necesidad de que los jueces fuesen inamovibles, dado que hasta entonces se los elegía por un plazo de siete años.

Hacia 1784 el Superior Tribunal de Nueva York en *Rutgers vs. Waddington* resolvió que las leyes del Estado no podían ser aplicadas cuando se encontraran en conflicto con la Constitución local o los tratados.

En *Trevett vs. Weeden*, dictado por la Corte Suprema de Rhode Island en 1786, y partiendo de la idea diseñada por Locke de que el derecho natural constituye un límite para la actividad del Poder Legislativo, se dejó de aplicar una ley local que no preveía el juicio por jurados en los casos criminales, considerando que por esa razón, era contraria a la Constitución del Estado.

⁶ Con esta voz se pretendía enfatizar que en Estados como Kentucky, Massachusetts, Pensilvania o Virginia, el gobierno se basa en el consentimiento común del pueblo a diferencia de aquellos Estados donde el poder se legitima por su antigua condición de Colonia Real derivada del Reino de Gran Bretaña.

Una vez más, la decisión provocó una enorme polémica y la Asamblea Legislativa, que sometió a juicio político a los Magistrados sin lograr cesarlos, se negaría más tarde a renovar su mandato.

Pocos días antes de la Convención de Filadelfia de 1787, la Corte Suprema de Carolina del Norte resolvió el caso *Bayard vs. Singleton*, donde declaró inválida una ley que, contrariando lo dispuesto por la Constitución local de 1776, privaba a una persona de su propiedad sin previo juicio por jurados.

Corresponde tener en cuenta que la clausura de la Convención de Filadelfia no cerró el proceso de discusión en los ámbitos políticos y parlamentarios sobre la facultad de la magistratura para controlar la constitucionalidad de las leyes.

En la Constitución no logró plasmarse el mecanismo de control de constitucionalidad, pero sin perjuicio de ello, se incluyó en la Sección 2.^a del artículo VI, que:

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

Adicionalmente, en la Sección 2.^a del artículo III se establece que:

El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad.

Como se podrá apreciar, se encuentra positivamente consagrado el principio de supremacía de la Constitución Federal y el deber los magis-

trados del Poder Judicial de observarla, de allí a la facultad de dejar de aplicar las normas que no sean conformes con ella, media sólo un breve paso que fue dado poco más de una década después.

2.2. *Marbury vs. Madison: la plasmación del modelo a nivel federal*

Como habrá podido apreciarse, el tema del control de constitucionalidad de las leyes no sólo que no era una novedad, sino que tenía precedentes y había sido objeto de debate en la Convención de Filadelfia.

Adicionalmente y para comprender mejor las motivaciones y alcance de la decisión que recayera en *Marbury vs. Madison*, resultará ilustrativo poner de relieve el contexto político dentro del que se expidió.

George Washington fue el primer presidente de los Estados Unidos de América y su mandato abarcó el período 1789 a 1797. Fue sucedido en el cargo por otro miembro del partido federalista, John Adams, cuyo mandato concluiría en 1801.

Su gestión no fue, evidentemente, muy exitosa, ya que tras las elecciones de aquel año resultó elegido como nuevo Presidente Thomas Jefferson por el Partido Republicano que, además, obtuvo una amplia mayoría parlamentaria.

Antes de transferir el poder, el presidente Adams, decidió fortalecer la posición de su partido que, como ya dijimos, quedó en minoría en el Congreso. A tal fin, decidió crear nuevos cargos judiciales en los cuales colocar a sus partidarios.⁷

El Presidente en ejercicio propuso, además, la reelección al primer presidente de la Corte Suprema, John Jay, pero ante su negativa designó como «*Chief Justice*» a un funcionario que había sido Secretario de Estado de los Estados Unidos de América durante su gestión, John Mar-

⁷ Como podrá apreciarse, los años pasan, pero las mañas quedan.

shall, quien sería el llamado a resolver uno de los casos más polémicos de la historia.⁸

El Congreso saliente, de mayoría federalista, aprobó, además, dos leyes de último momento: una, el 13 de febrero de 1801, ampliando el número de Juzgados de Circuito, y la segunda, el 27 del mismo mes autorizando el nombramiento de los jueces necesarios para cubrirlos (42 cargos para el Distrito de Columbia).

El 2 de marzo fueron designados todos ellos y al día siguiente (el último del período de Adams) el Senado proveyó los acuerdos. Adams firmó los nombramientos de los nuevos magistrados y el Secretario de Estado selló las órdenes sin que llegaran a entregarse todos los nombramientos a los interesados.

En los Estados Unidos de América se denomina a estas gestiones de último minuto como «*Midnight appointments*», lo que dio lugar a que se bautizara a estos magistrados como los «*Midnight judges*».

Entre los nombramientos que no llegaron a entregarse, se encuentran los de William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper.

Cuando el nuevo Presidente (Thomas Jefferson) asume el cargo, ordena a su Secretario de Estado, James Madison,⁹ que detenga la entrega de las designaciones realizadas por Adams.

⁸ Si por inaplicar la ley en casos como *Trevett vs. Weeden* o *Commonwealth vs. Caton* los magistrados temieron por su integridad, podrá imaginarse la presión que tenía la Corte Suprema en este caso rodeado del especial contexto político reseñado.

⁹ Autor de *El Federalista* conjuntamente con Alexander Hamilton y John Jay, tuvo un papel sumamente relevante en la redacción de la Constitución de los Estados Unidos, sería el cuarto presidente de los Estados Unidos de América sucediendo a Jefferson en 1809, ejercería el cargo hasta 1817. Se le reprocha haber escapado de la residencia presidencial antes que su esposa frente al avance de las tropas británicas que ocuparon la ciudad de Washington e incendiaron la Casa Blanca.

Contra esta decisión, Marbury y otros, invocando la Sección 13.^a de la *Judiciary Act* (Ley de la Administración de Justicia), solicitan a la Corte Suprema que le dirija al Secretario de Estado un «*Writ of mandamus*».¹⁰ Dicho funcionario anuncia que el Poder Ejecutivo no acatará una resolución que haga lugar a la demanda.

Cabe anotar que la Sección 2.^a del artículo III dispone que:

En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquéllos en que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos que antes se mencionaron el Tribunal Supremo conocerá en apelación.

El conflicto entre normas está claro, por un lado la Constitución fija la competencia originaria de la Corte Suprema con una enumeración taxativa de casos, y por el otro, la ley incorpora un supuesto no previsto en la norma fundamental.

Por otra parte, debe mencionarse que la situación que enfrentaba la Corte Suprema era sumamente delicada, pues si se hacía lugar a la demanda se lesionaría la imagen de la Corte Suprema; en primer lugar, por la intervención del Presidente de la Corte en las designaciones; en segundo término, porque resultaban ser sus compañeros de partido; y en tercer término, por el pésimo precedente que sentaría la inexecución de sus resoluciones.

Si por el contrario, se rechazaba la demanda, también se mellaba el prestigio de la Corte Suprema, pues se procedía contra la justicia, ya

¹⁰ El *mandamus* es la orden que dirige un tribunal superior a cualquier funcionario, entidad pública o tribunal subordinado para que realice o se abstenga de realizar algún acto específico respecto del que existe una obligación legal de hacer o no hacer. Este mandamiento opera de un modo semejante a como lo hace la sentencia expedida en un proceso de cumplimiento seguido de acuerdo con el inciso 6 del artículo 200 de nuestra Constitución y los artículos 66 y siguientes del Código Procesal Constitucional.

que el Presidente Adams elevó al Senado las designaciones. El Senado consintió en ellas; las resoluciones emitidas, en consecuencia, fueron firmadas por el presidente y, finalmente, el Secretario de Estado (el propio Marshall) estampó en tales designaciones el sello de los Estados Unidos de América.

Ahora estamos en condiciones de analizar el contenido de la sentencia expedida en este caso. La Corte Suprema analizará la cuestión en cuatro pasos:

- a. Se preguntará si el solicitante tiene derecho al nombramiento que demanda.
- b. Si lo tiene, y ese derecho ha sido violado, se preguntará si proveen las leyes del país un remedio a esa violación.
- c. Si las leyes proveen un remedio, se preguntará si éste consiste en emitir una orden de cumplimiento (*writ of mandamus*) al Secretario de Estado.
- d. Si en ello consiste, se preguntará si corresponde a la Corte Suprema que la expida.

Comienza analizando el sistema de designación de los jueces para llegar a la conclusión de que en el presente caso se habían reunido todos los requisitos. Nadie sabe mejor que el propio Juez Marshall que en este caso concreto, el Presidente de la República había estampado su firma y el Secretario de Estado el sello de los Estados Unidos de América.

En este punto, la Corte Suprema entiende que «La retención de su nombramiento es, por lo tanto, un acto que la Corte considera no respaldado por la ley, y por ellos violatorio de legítimos derechos adquiridos».

En segundo término, se fija un punto de partida importante al afirmar que la esencia misma de la libertad civil consiste en el derecho de todo individuo, a reclamar la protección de las leyes cuando ha debido padecer la violación de un derecho.

El Estado sólo podrá merecer el rótulo de democrático, en la medida de que garantice el efectivo respeto de los derechos de los ciudadanos, estableciendo procedimientos judiciales efectivos.

Se introduce en este punto una interesante discusión sobre las cuestiones políticas no judiciales, ya que se admite que pueden existir decisiones de la administración que se encuentren exentas de revisión por parte de los órganos del Poder Judicial. Sin embargo, la entrega de una designación escrita, por su propia naturaleza, no constituye un acto político reservado al Poder Ejecutivo que se encuentre allende al control jurisdiccional.

Cuando la ley establece una obligación de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos individuales, parece igualmente claro que todo aquél que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones, tiene derecho a recurrir a la autoridad judicial para obtener una reparación.

No resulta trascendente la jerarquía del autor de la lesión del derecho ya que «Si uno de los titulares de los departamentos de Estado comete un acto ilegal amparándose en su cargo, dando lugar a un reclamo de un ciudadano afectado, no puede sostenerse que su cargo, por sí solo, lo exima de ser juzgado por el procedimiento ordinario y obligado a obedecer el juicio de la ley».

En el caso concreto, se llega a la conclusión de que el demandante tiene derecho a obtener su nombramiento y la negativa a entregárselo, constituye una clara violación de ese derecho frente a la cual las leyes

de su país, brindan un remedio sin que quepa calificarlo como un acto político exceptuado de control.

Hasta aquí tenemos que el demandante tiene derecho a obtener el nombramiento que reclama, y que la naturaleza del Estado democrático supone la existencia de mecanismos procesales adecuados para hacer efectivo el respeto de ese derecho.

A continuación, la Corte Suprema examinará si el remedio intentado (la solicitud de que se emita un *writ of mandamus*) resulta el adecuado para requerir al Secretario de Estado que cumpla con la entrega del nombramiento.

No es por el cargo que tenga el funcionario, sino por la naturaleza de aquello que se le ordene hacer, que se juzgará la pertinencia del mandamiento. Al respecto, se sostuvo que «... cuando la conducta del funcionario es encomendada por la ley —de modo tal que su cumplimiento o incumplimiento afecte los derechos absolutos de los individuos— la cual no se encuentra bajo la dirección del presidente y no puede presumirse que éste la haya prohibido, como por ejemplo, registrar un nombramiento o un título de propiedad que ha cumplido todas las formalidades de la ley, o entregar una copia de tales registros; en esos casos, no se advierte sobre qué bases los tribunales de la nación podrán estar menos obligados a dictar sentencia que si se tratara de funciones atribuidas a otro individuo que no fuese ministro».

Siendo el *writ of mandamus* la medida adecuada para garantizar el derecho del demandante, sólo falta resolver si es la propia Corte Suprema el órgano judicial competente para expedirlo.

Como ya se refiriera, la Constitución deposita la totalidad del Poder Judicial de los Estados Unidos de América en una Corte Suprema, y en tantos tribunales inferiores como el Congreso establezca en la ley orgá-

nica respectiva, y éstos conocerán de todas las controversias que se susciten. Al distribuir este poder, la Constitución estableció expresamente cuáles eran las materias de competencia originaria de la Corte Suprema, dejando clara la idea de que la enumeración es taxativa al establecer que en todos los demás casos su jurisdicción será apelada.

En el caso se estableció que «No puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisibles, salvo que el texto expreso de la Constitución así lo manifieste. Cuando un instrumento legal organiza las bases fundamentales de un sistema judicial dividiéndolo en una Corte Suprema y en tantas inferiores como el Congreso decida, enumerando sus poderes y distribuyéndolos mediante la delimitación de los casos en los que la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria y aquéllos en que la ejercerá por vía de apelación, el sentido evidente de las palabras parece ser que en una clase de casos la competencia será originaria y no en los demás. Si cualquier otra interpretación convirtiera en inoperante dicha cláusula, tendríamos allí una razón adicional para rechazarla y para adherir al sentido obvio de las palabras. Luego, para que esta Corte esté en condiciones de emitir una orden de ejecución como la que se pide, debe demostrarse que se trata de un caso de competencia por apelación».

La Corte Suprema desarrolla el principio de supremacía de la Constitución al decir que «Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza».

Como consecuencia natural de lo expuesto y resultando la previsión legal que le confiere competencia originaria a la Corte Suprema, en este caso contraria a la Constitución, en la medida de que no se encuentra expresamente prevista en la enumeración taxativa la norma, no puede ser aplicada y, en consecuencia, se declara improcedente la demanda.

La sentencia resuelve de un modo creativo una cuestión que, como se ha visto, es sumamente delicada y lo hace dando materialmente la razón al demandante, pero sin emitir el mandamiento solicitado por resultar tal materia de competencia de los juzgados inferiores.

3. EL MODELO EUROPEO CONTINENTAL

3.1. *Antecedentes*

La edad media fue una etapa traumática para el continente europeo, ya que se sucedieron desórdenes y enfrentamientos armados por causas políticas y religiosas. La solución propuesta por autores como Hobbes¹¹ o Bodin¹² fue concentrar la totalidad del poder en un único puño que con poder absoluto e ilimitado restableciera la paz.

A partir de estos puntos de vista se desarrolla toda una doctrina sobre el origen divino del poder de los reyes que justificará el ejercicio del poder de los monarcas europeos como Luis XIV, que tal vez sea el paradigma de este tipo de autoridad.

Al respecto se ha sostenido que «...hemos intentado exponer la institución natural de la autoridad real y liberarla de la sujeción a la arbitraria elección del pueblo. Es necesario también examinar si las leyes humanas tienen superioridad sobre los príncipes, porque aquéllos que

¹¹ HOBBS, Thomas. *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1987.

¹² BODIN, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Madrid: Aguilar, 1973.

mantienen que la adquisición de la jurisdicción real procede del pueblo someten su ejercicio a las leyes positivas. Pero, también en esto yerran, porque como el poder real procede de la ley de Dios, no hay ley inferior que lo limite».¹³

El perfeccionamiento de la cartografía, la navegación y, en general, el desarrollo del comercio favorecieron la irrupción de la burguesía como un nuevo actor social que contaba con importantes recursos económicos, pero ningún poder político.

Este fenómeno conjugado con las ideas de la ilustración tendrá como natural consecuencia la aparición de doctrinas que postulan la separación de las funciones de los órganos del Estado como medio de limitación del poder.¹⁴

La revolución francesa permitirá plasmar en la práctica estas ideas irrumpiendo la constitución como mecanismo idóneo para concretar la limitación del poder. En este contexto, la Asamblea Nacional, que se adjudicó facultades constituyentes en virtud de su origen representativo de la voluntad popular, aparece como el primer poder del Estado y su obra, la ley, como la máxima expresión de la soberanía.

Carré de Malberg explica la supremacía de la Asamblea Nacional al sostener que el sistema representativo que la Constitución ha erigido partiendo del principio de soberanía nacional, se sustancia, en definitiva, en un sistema de soberanía parlamentaria. El parlamento era doblemente soberano: en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida en que derivaba su poder de la voluntad general; y

¹³ FILMER, Robert. *Patriarca*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1966.

¹⁴ Don Carlos de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu, desarrollaría y perfeccionaría las tesis planteadas en el segundo ensayo sobre el gobierno civil que publicara John Locke hacia fines del siglo XVII. Del *Espíritu de las Leyes*, en general, y su libro XI, en particular, que fue publicado hacia 1743, son objeto de estudio y comentario hasta la fecha.

lo era también frente a la ciudadanía imposibilitada de gobernar por sí misma.¹⁵

Siendo así las cosas y teniendo en cuenta la profunda identificación de la judicatura con la Monarquía absoluta, podrá comprenderse fácilmente por qué el control de constitucionalidad de las normas comenzó siendo llevado a cabo por el propio legislador.

La ley aparece exaltada como expresión de la voluntad general representativa expuesta en Sieyes y en el ordenamiento francés se incorporaron normas como la que prescribía que «Los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo».

En la Europa continental que parte de la soberanía del Parlamento la idea de que un juez (que era la «boca que pronuncia las palabras de la Ley») revise la constitucionalidad de las mismas resultaba imposible de concebir y se propone la incorporación de un «*Jurie Constitutionnaire*» con la misión especial de juzgar las demandas de violación de la Constitución que sean planteadas contra las decisiones de la legislatura.

Estaba claro que uno de los poderes del Estado no podía dejar válidamente sin efecto lo realizado por otro dentro de su ámbito de competencia.

Se le atribuye a Kelsen y a la Constitución Austríaca de 1920 la creación del modelo de control concentrado, pero, sin embargo, existen numerosas experiencias previas sobre las que se apoyará.

La Constitución Suiza de 1848 suprime la soberanía de los Cantones estableciendo un sistema de confederación donde cada uno de

¹⁵ CARRE DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del Estado*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1948.

ellos conservaba, desde ya, sus facultades legislativas locales, pero el reto consistiría en encontrar un mecanismo que garantice la armonía con la legislación y la Constitución federales.

El control que aquí como en Francia comenzó siendo político, a partir de la reforma de 1874 se realizaría por un órgano concentrado, pero sin capacidad para revisar las normas federales y de un modo concreto por lesión de derechos o conflicto de competencia. Es decir, que estamos ante un control que más que de constitucionalidad, resulta ser de federalidad, pero aparece ya entre mediados y fines del siglo XIX un órgano ajeno a los poderes del Estado con funciones concentradas de control de constitucionalidad aunque más no sea de las normas de alcance cantonal.

En el ámbito latinoamericano ha predominado el sistema norteamericano, pero, sin embargo, aparece en algunos ordenamientos la posibilidad de plantear en abstracto ante la Corte Suprema una forma de acción popular por inconstitucionalidad de la ley.

La Constitución venezolana de 1858 establece que corresponde a la Corte Suprema sentenciar en las causas que se formen contra el Presidente de la República o contra el Vicepresidente, conocer de las causas de responsabilidad contra los agentes diplomáticos y consulares, resolver las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, pero el inciso 8 del artículo 113 establecerá que constituye también una atribución la de:

Declarar la nulidad de los actos legislativos, sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución.

Esta forma de acción popular tuvo una breve existencia que durará hasta 1864, fecha en la que se aprobó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 28 de marzo de aquel año, cuyo artículo 92 mantuvo la competencia de la Alta Corte Federal, pero la iniciativa co-

respondía ahora a la mayoría de las legislaturas estatales o provinciales dejando de lado la iniciativa popular.

Hacia el siglo XX, en el ámbito latinoamericano, la experiencia del control concentrado reconoce como antecedente la ley de reforma de la Constitución chilena, aprobada el 23 de enero de 1970 que modificó la entonces vigente Constitución de 1925, quedando constituido el órgano en 1971.

El artículo 78 b) establece que el Tribunal Constitucional cuenta con facultades para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley, entre otras.

3.2. La actualidad del control concentrado

El artículo 140 de la Constitución austríaca establecía que:

El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes del *Land* a instancia del Gobierno Federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un gobierno de *Land*, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional.

Este modelo se extenderá rápidamente en Europa tras la primera pos guerra, por ejemplo, en la Constitución de la República Española aprobada en abril de 1931, se dispuso que el Poder Judicial estaría a cargo del Tribunal Supremo y de una serie de cortes subordinadas a éste, adicionalmente, se creó un Tribunal de Garantías Constitucionales con la competencia de resolver, principalmente, la inconstitucionalidad de las leyes, los recursos de amparo y los conflictos de competencia legislativa.

El artículo 100 de dicha carta establecía que:

Cuando un tribunal de justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales.

El órgano de control concentrado se introduce en el artículo 121 en los siguientes términos:

Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de:

- a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes.
- b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.
- c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de éstas entre sí.
- d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República.
- e) La responsabilidad criminal del jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros.
- f) La responsabilidad criminal del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República.

Este modelo será recogido por la vigente Constitución española de 1978, cuyo artículo 161 establece que el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

- a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la

sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
- c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

Debe señalarse que el control concentrado no siempre será llevado a cabo por un Tribunal Constitucional, sino que existen ordenamientos en los que tal función es llevada a cabo por la Corte Suprema, ya sea que conviva o no con funciones del Poder Judicial de control difuso.¹⁶

El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay tiene previsto que si una persona estima que toda o parte de una ley lesiona «su interés directo, personal y legítimo» puede presentarse ante la Suprema Corte planteando que se declare su inconstitucionalidad. Según aclara dicho Código, el planteo «debe formularse por escrito», indicándose «con precisión y claridad, cuáles son los preceptos que se consideran inconstitucionales y todas las disposiciones o principios que se consideran violentados» (artículo 512).

Si es el juez o tribunal ordinario ante quien tramita algún procedimiento judicial quien advierte que alguna ley que se podría aplicar al caso, es contraria a la Constitución solicitará, «de oficio» a la Suprema Corte, que se pronuncie sobre el tema.¹⁷

¹⁶ Por ejemplo, en la Constitución de la República Federativa del Brasil se prevé un control judicial difuso que convive con un control concentrado en el Tribunal Supremo.

¹⁷ Al respecto, puede verse FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. *Manual de Derecho Público – Derecho Constitucional*. Montevideo: Ed. B de F, 2007.

4. NUESTRO MODELO DE JURISDICCION CONSTITUCIONAL

4.1. *Antecedentes*

Hacia 1823, cuando se aprobó la primera carta constitucional peruana, todavía no se encontraba concluida la guerra de independencia y su carácter transitorio queda expresado en el texto mismo de la carta, ya que el artículo 191 establecía que «Esta Constitución queda sujeta a la ratificación o reforma de un Congreso General compuesto de los Diputados de todas las provincias actualmente libres, y de todas las que fueren desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra».

La Constitución vitalicia de 1826, que paradójicamente fue la de más corta vigencia de nuestra historia republicana, inspirada en la Constitución napoleónica del año VIII, contaba con un Senado, entre cuyas funciones se encontraba la de protección de la Constitución y garantía de su observancia frente a las infracciones en que pudieran incurrir los «magistrados, jueces o eclesiásticos».

Las constituciones posteriores de 1828, 1834 y 1839 establecieron que el Congreso velaba por la observancia de la Constitución y hacía efectiva la responsabilidad de los infractores, lo cual supone la introducción de una suerte de control político de la Constitución¹⁸ sin que hayan existido pronunciamientos al respecto hasta donde conocemos.

Será con la Constitución de 1856, liberal por excelencia, donde se incorpore a nuestro ordenamiento el principio de que «Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución» (artículo 10). Sin embargo, esta cláusula no tuvo desarrollo legislativo y su aplicación jurisprudencial fue muy escasa.

¹⁸ El Consejo de Estado previsto en la primera de esas cartas tiene como una de sus funciones la de «Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, formando expediente sobre cualquier infracción para dar cuenta al Congreso».

Sin perjuicio de lo que acabamos de afirmar y en virtud de su trascendencia corresponde recordar el caso de Luis Pardo, resuelto por la Corte Suprema hacia 1920 aplicando el control difuso.

A principios de septiembre de 1919 surgió una notable resistencia contra el régimen de Leguía. La respuesta no se hizo esperar y comenzaron a producirse una serie de detenciones que alcanzó a periodistas, ex Congresistas y ex Ministros, entre ellos fue detenido Luis Pardo Barrera (hermano del ex Presidente José Pardo).

El 10 de septiembre la esposa de Pardo, con el patrocinio de Ernesto de la Jara y Ureta, interpuso un hábeas corpus a su favor ante la Sala del Crimen de la Corte Superior de Lima. Ésta, sin demora, pidió a la Prefectura que le comunique los motivos de la detención.

En la madrugada siguiente un grupo de detenidos, entre ellos, el beneficiario del hábeas corpus, fueron embarcados en el vapor «Ucayali» y expulsados del país. Con una importante cuota de cinismo, la autoridad requerida informó a la Sala que la persona requerida no se encontraba detenida, pues se hallaba de viaje en el exterior.

El 16 de septiembre, el órgano jurisdiccional declaró sin objeto la demanda en mérito al informe señalado. Pocos días después, los medios de comunicación dieron cuenta de las declaraciones de Luis Pardo, quien manifestaba que su viaje no era voluntario; su representante presentó un pedido de nulidad ante dicha Sala.

La Sala, aunque en discordia, declaró sin lugar la nulidad y ante ello el abogado demandante interpuso apelación ante la Corte Suprema. En esta instancia se produjo la primera gran victoria en la causa de los detenidos políticos, ya que dispuso anular la resolución de la Sala y ordenó pronunciarse sobre el fondo del asunto.

El mismo día en que se emitió dicha resolución fue sancionada de urgencia y con dispensa del trámite en comisiones, la Ley n.º 4007

denominada «Ley anti juicios», que ordena cortar todos los procesos judiciales vinculados a los hechos.

Corresponde advertir que la Constitución de 1920, de acuerdo con el artículo 8 de las reformas plebiscitarias, disponía en su artículo 35 que:

Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad.

El artículo 36 complementaba al anterior estableciendo que:

El Congreso dictará en casos extraordinarios, en que peligre la seguridad interior o exterior del Estado, las leyes y resoluciones especiales que demande su defensa; pero sin que en los juicios de excepción a que hubiese lugar se pueda sentenciar a los inculcados. Estas leyes y resoluciones no pueden estar en desacuerdo con el artículo 35.

El 29 de enero de 1920 la Corte declaró sin lugar el hábeas corpus solicitado a favor de Luis Pardo, ya que la Ley n.º 4007 «... dada especialmente para la situación a que se refiere este expediente, manda cortar de modo absoluto y definitivo todos los juicios iniciados con motivos de esa situación».

A pesar de que las garantías no podían suspenderse, ni siquiera durante los estados de emergencia, se rechazó la demanda aplicando la ley, pese a su evidente inconstitucionalidad y, por ello, De la Jara volvió a remitirse a la Corte Suprema, esta vez mediante un recurso de nulidad.

El 12 de marzo de 1920 el Fiscal Supremo Guillermo Seoane sostuvo en su dictamen que si la Ley n.º 4007 pudiera mantener suspendidas las garantías individuales como interpretó la Sala «... estaría en flagrante desacuerdo con el artículo 35 que en forma absoluta ampara

las mencionadas garantías, o sea infringiría abiertamente lo prescrito en el artículo 36 de la Constitución».

Finalmente, el 26 de agosto de 1920 la Corte Suprema, con el voto de los doctores Almenara, Pérez, Valcárcel, Correa y Veyán y Morán, apoyada en el dictamen fiscal, resolvió:

Vistos, de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en el auto superior de fojas 19 su fecha 29 de enero último en la parte que declara sin lugar la solicitud de fojas 16 del doctor Ernesto de la Jara y Ureta en nombre de don Luis Pardo, a fin de que se le ampare en el goce de la garantía constitucional de residir en el territorio de la República, reformándolo declararon fundado el recurso de HC interpuesto por el mencionado Luis Pardo quien tiene el derecho de residir en el territorio nacional mientras de él no sea privado por ejecutoria judicial que tal pena le impone, declararon no haber nulidad en el ya citado auto recurrido en lo demás que contiene y los devolvieron.

En el artículo 142 del anteproyecto de la Comisión Villarán elaborado hacia 1931, se plantea la posibilidad de incorporar el control judicial de las leyes al estilo norteamericano, mas no se prevé forma alguna de control concentrado.

La Constitución de 1933, la segunda en duración tras la de 1860 y contemporánea con la austríaca y la española de la Segunda República a las que hicieramos referencia *supra*, mantiene el control político previsto en Cartas anteriores, al disponer en el artículo 26 que:

[...] pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones a la Constitución.

Ese sistema de control político-legislativo de la constitucionalidad se vio complementado con la incorporación de la «acción popular»,

como el recurso judicial a interponer contra decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo que infringían la Constitución o la ley (artículo 133).

El control judicial se introduce de un modo explícito a nivel normativo en el Título Preliminar del Código Civil de 1936, cuyo artículo 22 establecía que «... cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera». Queda, entonces, positivamente establecida la facultad judicial para ejecutar un control constitucional en el nivel de la inaplicabilidad; pero, sin embargo, los magistrados carecieron de la audacia para desafiar la «soberanía» del legislador y las presiones de los gobiernos de facto.

La línea que se fijó en el caso Pardo, reseñado *supra*, no se mantendría y regresaría nuestra Corte Suprema a su línea conservadora, expresada en la resolución del hábeas corpus planteado por Luis Bedoya Reyes, a favor del ex Presidente José Luis Bustamante y Rivero, quien pretendía regresar al país en 1955 tras siete años fuera del Perú.

Corresponde recordar que en octubre de 1948, el General Odría encabezó el Golpe de Estado que depuso al doctor Bustamante, Presidente Constitucional de la República, y tras dos años de gobierno militar se hizo elegir como presidente. Desde entonces el doctor Bustamante vivía en el exilio en humildes condiciones, ya que no recibía la pensión a que legalmente tenía derecho.

Durante los años de destierro, el doctor Bustamante publicó en Buenos Aires un libro titulado «Tres años de lucha por la democracia en el Perú» y varios manifiestos políticos, razón por la que el gobierno de Odría consideraba que su regreso a Lima podría crear un clima de incertidumbre y alterar el orden público, sobre todo si se tiene en cuenta que se aproximaban las elecciones presidenciales de 1956.

La tentativa del ex Presidente de regresar al país se vio frustrada, pues el Cónsul General del Perú en Ginebra se negaba a estampar la

visa que, entonces, resultaba necesaria para poder hacerlo,¹⁹ vulnerando los artículos 67 y 68 de la Constitución de 1933, que garantizaban la libertad de tránsito y el derecho a no ser expatriado, sino por sentencia ejecutoriada o por aplicación de la ley de extranjería.

Frente a la demanda el Ejecutivo se ratificó en su negativa, invocando que se trataba de una medida preventiva necesaria para garantizar la tranquilidad social y evitar la consumación de otros delitos, sin mencionar que resultaba de aplicación al caso el artículo 31 del Decreto Ley n.º 11049 (norma de facto denominada «Ley de Seguridad Interior»), que establecía que:

[...] queda facultado el Ministerio de Gobierno y Policía para adoptar las disposiciones preventivas que crea necesarias a fin de garantizar la tranquilidad política y social y la organización y paz interna de la República; no pudiendo intervenir la autoridad judicial correspondiente, sino cuando los delincuentes hayan sido puestos a su disposición.

El Segundo Tribunal Correccional emitió su resolución el día 25 de noviembre de 1955²⁰ estableciendo que «... dado el carácter penal de la Ley n.º 11049, puede considerarse que el derecho de entrar y salir del país, amparado por el artículo 67 de la Constitución, es susceptible de una limitación preventiva, ya que esa ley restringe, mientras dure su vigencia, los derechos que la garantía constitucional consagra» y agrega que el artículo 68 de la Constitución no resultaba aplicable porque el caso no presentaba expatriación alguna, por último, se sostuvo que el Tribunal no está «... facultado para derogar leyes vigentes ni para

¹⁹ El retorno de los nacionales al país requería que el pasaporte sea visado por el consulado, previa consulta con el gobierno central.

²⁰ La resolución de un caso tan polémico e importante para los intereses del gobierno, por una de esas casualidades en las que siempre me he resistido a creer, se expidió el día del cumpleaños de Odría, quien se enteró de ella cuando estaba celebrando su santo. Todo parecería indicar que ése fue el regalo de los vocales Octavio Santa Gadea Arana y Luis Pagador Blondet (quien intervino por sospechosa licencia médica del doctor Carlos Borja).

discutir la constitucionalidad de sus disposiciones y tiene la obligación ineludible de aplicarlas».²¹

Contra la resolución se interpuso recurso de apelación, elevándose el expediente a la Corte Suprema que expediría sentencia el 7 de enero de 1956, confirmando la sentencia del Tribunal Correccional y, en consecuencia, declarando improcedente la demanda de hábeas corpus.

La máxima instancia del Poder Judicial sostuvo que el artículo 22 del Título Preliminar del Código Civil, en que se pretendió sustentar la facultad judicial para ejercer el control difuso «... no puede regir sino en el campo restringido del Derecho Civil, ya que dicho Código no es un Estatuto Constitucional, sino una ley que norma las relaciones de la vida civil».

Por otra parte, distorsionando la realidad agrega que «...para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera consignada en forma expresa o inequívoca de la propia Constitución, formando parte del Derecho Constitucional positivo como acontece en los contados países cuyas Cartas Fundamentales consagran tal prerrogativa».

²¹ A pesar de las presiones políticas ejercidas por el propio Odría sobre los magistrados, el doctor Domingo García Rada, que fue recibido en Palacio de Gobierno cuatro días antes de que se expida la sentencia, es decir, el 21 de noviembre de 1955, emitió un voto singular sosteniendo que «... para estar sometido a fuero privativo se requiere proceso, y habiendo declarado el señor Ministro de Gobierno que el doctor Bustamante y Rivero no se encuentra procesado, es del caso deducir que, faltando el emplazamiento ante la autoridad respectiva el referido doctor Bustamante no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la ley especial denominada de seguridad interior».

El sabroso anecdótico de la resolución comentada puede encontrarse en GARCÍA RADA, Domingo. *Memorias de un Juez*. Lima: Andina, 1978, pp. 171 y ss.

Parte de la información fue obtenida en entrevista personal del autor con el doctor Luis Bedoya Reyes.

El episodio concluyó a mediados de enero de 1956, fecha en que el Gobierno de Odría dictó una ley de amnistía política, permitiendo el retorno de todas las personas a quienes se había prohibido la entrada al país incluyendo, entre ellas, al doctor Bustamante que pudo, finalmente, regresar al país.

Hacia 1963 se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo octavo reglamenta la facultad de control difuso, superando a nivel legislativo, al menos, objeciones como las que acabamos de reseñar y estableciendo que la Corte Suprema debía pronunciarse en última instancia. A pesar de ello, el mecanismo siguió sin aplicarse, ya no por falta de normas, sino por un positivismo que impidió a los jueces controlar la constitucionalidad de las leyes a las cuales estaban sometidos.

En estas condiciones llegamos a la Constitución de 1979 que introduce en nuestro ordenamiento el primer mecanismo de control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las normas, además de conocer sobre las resoluciones denegatorias en procesos de hábeas corpus y amparo.

El artículo 298 de dicha Carta establece que:

El Tribunal de Garantía tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:

- 1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo;²² y
- 2.- Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial.

²² Corresponde señalar que previamente, el artículo 87 establece el principio de supremacía de la Constitución y de jerarquía de las leyes.

Adicionalmente, el artículo 236 prevé expresamente la facultad de los jueces de efectuar por sí mismos y de un modo concreto y difuso, el control de constitucionalidad de las normas que deban aplicar ineludiblemente para resolver un proceso sometido a su jurisdicción.

Dicha norma estaba planteada en los siguientes términos:

En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.

A pesar de que el control de constitucionalidad quedó claramente establecido, su actuación fue muy limitada. Por otra parte, los legitimados para promover el control concentrado previstos en el artículo 299 (el Presidente, la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación, Congresistas y cincuenta mil ciudadanos) no fueron muy proclives a la defensa de la constitucionalidad y tampoco el TGC se erigió en un celoso guardián, ya que ante la inconcurrencia de alguno de los magistrados (el quórum era 5 y para inconstitucionalidad 6) dejaba de expedir sentencia sin sentirse comprometido a llevar a cabo una nueva vista de la causa.

Agregaría que el acceso de la ciudadanía era dificultoso, toda vez que se requerían 50,000 firmas comprobadas por el JNE, llegándose a presentar tan sólo una iniciativa de esta naturaleza.²³

Las mayorías severamente calificadas que se reseñaran, rara vez se alcanzaron, y forzaban a resolver en el sentido de que no había sentencia y las inconstitucionalidades presentadas alcanzaron apenas 28 frente a 5229 normas aprobadas en el mismo período.

²³ Actualmente, el artículo 203, inciso 5 establece como requisito 5,000 firmas o el 1% de los ciudadanos del ámbito local respectivo. Con la nueva magnitud se ha presentado, por ejemplo, la iniciativa de restablecer la vigencia de la Constitución de 1979 por parte de la ONG Foro Democrático, entre muchas otras.

La situación no fue muy diferente en materia de procesos de tutela de derechos, pues como podrá apreciarse en el cuadro que sigue,²⁴ el aporte del TGC fue escaso. En primer lugar, se han planteado pocos casos, lo que podría revelar desconfianza y poca información por parte de la población,²⁵ adicionalmente, de ellas el 77% fueron desestimadas (no casadas).

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES				
RESOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES 1982-1992				
	Casadas	No Casadas	Pronunciamientos	Totales
Amparos	89 (18,0%)	37 (76,4%)	27 (5,4%)	493
Hábeas Corpus	08 (9,6%)	67 (80,7%)	08 (9,6%)	83
Totales	97 (16,8%)	444 (77,0%)	35 (6,0%)	576

El final de esta experiencia fue abrupto, ya que el órgano fue desmantelado luego de los hechos acaecidos el 5 de abril de 1992.

4.2. *El modelo vigente*

Ante la necesidad de retornar a la normalidad constitucional, se convoca a un Congreso Constituyente²⁶ (CCD), que elabora una carta a la que los sectores políticos democráticos en ningún momento dejaron de llamar «documento», intentando demostrar su carácter autoritario e ilegítimo.

²⁴ Fuente: GUILLÉN, Gabriela. Tribunal de Garantías Constitucionales: Información estadística, en *Ius et Praxis* n.º 17. Lima: Universidad de Lima, 1991.

²⁵ La escasez de casos no obedece, seguramente, al efectivo respeto de los Derechos Fundamentales, ya que en el período indicado la situación del Perú en esta materia era sumamente delicada, principalmente, por la acción de los grupos terroristas y la intervención, en algunas ocasiones ilegal, de las Fuerzas Armadas.

²⁶ En virtud de las dudas que nos suscita su carácter democrático, hemos preferido suprimir tal característica de la denominación oficial.

Los objetivos que se perseguían con la nueva Constitución estaban bien claros y consistían, en resumidas cuentas, en garantizar la economía de mercado, reducir el tamaño del Congreso previamente disuelto e introducir la reelección presidencial inmediata (vedada por el artículo 205 de la carta anterior).

Como es evidente, la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen, pero ello no determina de forma directa e inmediata su invalidez o falta de vigencia.²⁷ El Tribunal Constitucional, en el expediente n.º 00014-2002-AI se sostiene que, pese a que la Constitución de 1993 no tuvo hasta el año 2000 una vocación de vigencia real, luego de la destitución del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República, dicho texto empezó a regir plenamente, tanto en el ámbito del respeto de los derechos y libertades fundamentales, como en las relaciones entre los órganos de gobierno.

En los anteproyectos del texto constitucional se optaba por un sistema de control difuso y, al menos en principio, no se previó el control concentrado en un órgano constitucional autónomo que será introducido a último momento, a pesar de que, como vimos, estuvo incluido en la Constitución precedente.

El texto del Título V sometido a debate, en su artículo 220, que es el equivalente al actual artículo 201, establecía originalmente que:

La Sala Constitucional de la Corte Suprema es el órgano de control de la Constitución. Ejerce el control constitucional o legal de cualquier resolución de la administración pública que causa estado. Para iniciar el proceso respectivo se debe agotar la vía administrativa. La ley determina las reglas de competencia.

Como podrá apreciarse, el control concentrado de las normas con rango de ley, se mantenía, pero encomendado a un órgano del Poder

²⁷ De hecho, a lo largo de nuestra historia, la irregularidad de los procesos de reforma ha sido una constante.

Judicial, como sucede en otros ordenamientos latinoamericanos según ya se ha dicho.

El giro se produjo durante el debate en la Comisión de Constitución, sobre cuyas conclusiones el Congresista Carlos Ferrero (por entonces en las filas de la Alianza Cambio 90 – Nueva mayoría), sostuvo que:

[...] la permanencia en la Corte Suprema de una Sala que dentro del Poder Judicial estuviera dedicada a declarar la inconstitucionalidad o no de las leyes, no es el camino más adecuado para que este Tribunal tenga absoluta independencia... es preferible tener un tribunal independiente que no esté dentro del organismo jurisdiccional del Poder Judicial; pero, además, la Comisión cree necesario reconocer que la mayoría, en nuestras consultas a especialistas en Derecho Constitucional, han opinado a favor de mantener el Tribunal de Garantías Constitucionales.²⁸

Como podrá apreciarse por iniciativa del oficialismo, recién a mediados de Agosto de 1993 se introdujo el control concentrado en un organismo constitucional autónomo al que se definiría en definitiva como Tribunal Constitucional eliminando la función casatoria y pasando a la de revisión definitiva.

A pesar de que el texto constitucional fue aprobado mediante el referéndum del 31 de octubre de 1993, el Tribunal Constitucional tuvo su ley orgánica en enero de 1995 y no comenzaría a funcionar, sino hasta junio de 1996, fecha en la que se designó a los magistrados.

El órgano tendría una vida azarosa, ya que desde su propia instalación debió enfrentar dificultades como, por ejemplo, una importante

²⁸ La propuesta de la mayoría sería rebatida por Enrique Chirinos Soto y por grupos de la oposición quienes expresaban su preocupación por la amplitud de las facultades del órgano. Puede verse la discusión del punto en el Diario de los Debates, tomo III, 10-08-93 al 3-09-93, pp. 1967 y ss.

carga procesal embalsada, la necesidad de aprobar su reglamento normativo y demás disposiciones administrativas y presupuestales.

Entre los procesos que exigían atención se encontraban diferentes demandas de inconstitucionalidad como la vinculada a la LOTC, la de la ley de interpretación auténtica, o la de la ley de amnistía, entre muchas otras idénticamente delicadas.

Las resoluciones comenzaron adoptándose por consenso, pero en poco tiempo los Magistrados Acosta Sánchez y García Marcelo se ubicaron como árbitros de las decisiones, ya que para emitir una sentencia estimatoria se requerían, en aquel momento, seis votos conformes.

Como señala César Landa, fue la resolución que declara inaplicable la ley de la reelección presidencial la que motivó una acusación constitucional contra tres magistrados del TC, que acabaron siendo destituidos por infracción de la Constitución.²⁹

Con sólo 4 Magistrados, el Tribunal se transformaría en un órgano de adorno donde los que permanecieron ejerciendo el cargo, tuvieron buen cuidado de no afectar los intereses del gobierno sin mencionar

²⁹ Un amplio desarrollo de la cuestión puede encontrarse en LANDA ARROYO, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Ed. Palestra, 2004, 3.^a Ed.

Los Magistrados expulsados presentaron su denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 2 de junio de 1997, mientras tramitaba un proceso de amparo que concluiría con la sentencia que declara infundada la demanda con fecha 16 de julio de 1998 (Expediente n.º 00358-1998-AA).

Con fecha 31 de enero de 2001, la Corte Interamericana dicta sentencia declarando «... que el Estado violó, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

Previamente, el propio Estado peruano, al aprobar la Resolución Legislativa n.º 007-2000 de 17 de noviembre de ese año, permitió la restitución de los defenestrados al dejar sin efecto las resoluciones mediante las que se les impuso la sanción de inhabilitación.

que, para atender demandas de inconstitucionalidad, no contaba con el quórum exigido en la Ley Orgánica.

A partir del año 2000 con la restitución de los Magistrados que habían sido inhabilitados arbitrariamente y más tarde con la designación de cuatro nuevos Magistrados³⁰ se retornará a la normalidad institucional.

A partir de allí, el Tribunal Constitucional realizará una vasta e importante labor jurisprudencial no exenta de claroscuros y puntos de vista o resoluciones cuestionables, pero el balance general de esta experiencia que lleva poco más de una década de funcionamiento es, en mi opinión, claramente positivo.

En cuanto a sus funciones, conoce en única y definitiva instancia de los procesos de inconstitucionalidad y de conflicto de competencias y atribuciones entre los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos o los gobiernos locales o regionales. Por último, conoce sobre las resoluciones denegatorias de segundo grado que recaigan en los procesos de tutela de derechos.³¹

Además de resolver casos el Tribunal Constitucional en su carácter de órgano de control, fija pautas interpretativas por medio de la técnica del precedente.³² Al respecto, se ha dicho que «... por un lado resuelve

³⁰ Los Magistrados nombrados por el Congreso fueron los doctores Alva Orlandini, García Toma, González Ojeda y Bardelli Lartirigoyen.

³¹ Si la resolución de segundo grado expedida por el Poder Judicial es estimatoria pero contraria al precedente o vulnera derechos fundamentales, entonces, procederá el amparo contra amparo cuyas reglas han sido expresamente desarrolladas por el Tribunal Constitucional en expedientes como los n.ºs 04853-2004-AA, 06189-2008-AA, 02997-2007-AA y 03908-2007-AA, entre muchos otros. Estas reglas han sido actualizadas y complementadas en el n.º 01269-2011-AA.

³² El Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce el poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto. Sin embargo, el órgano no puede decidir arbitrariamente cuáles reglas tendrán carácter de precedente, ya que ha fijado las condiciones para su expedición en el caso n.º 0024-2003-AI.

conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del Derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros» (Expediente n.º 03741-2004-AA, fundamento jurídico n.º 36).

5. EL CONTROL DIFUSO COMO FACULTAD DE LOS ÁRBITROS

El Tribunal Constitucional resolvió amparos arbitrales en reiteradas ocasiones, como, por ejemplo, en el n.º 00189-1999-AA, n.º 04195-2006-AA, n.º 04972-2006-AA, n.º 06149-2006-AA y n.º 02851-2010-AA, entre otros, y en todos ellos dejó sentado que el recurrente debía agotar la vía previa constituida por el proceso judicial de anulación.³³

Esta doctrina fue dejada sin efecto por medio del precedente que contiene la sentencia recaída en el expediente n.º 00142-2011-AA, en cuanto mantiene el reconocimiento de la jurisdicción arbitral, pero sostiene que la del proceso de anulación no es una vía previa sino la vía ordinaria idénticamente satisfactoria a la que debe recurrirse frente a un laudo en el que se afecten derechos fundamentales. Al respecto, sostuvo que:

[...] aun cuando uno de los criterios que actualmente existe es el de considerar que la procedencia del amparo arbitral se condiciona al agotamiento de las vías previas, no parece ser ése el razonamiento más pertinente, ya que el ordenamiento ha considerado el proceso arbitral *stricto sensu* como aquél que opera sólo y por ante la jurisdicción arbitral. Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbi-

³³ El enfoque presentado en cada caso presenta variaciones que suelen tener que ver con la evolución de la jurisprudencia constitucional. Por último, anotaremos que también en un proceso de Hábeas Corpus se sentaron importantes pautas sobre la materia (*v.g.* n.º 06167-2005-HC).

traje, la posibilidad de un recurso de anulación (como en la derogada Ley General de Arbitraje se establecieron los recursos de apelación y de anulación) como fórmula *a posteriori*, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad, así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate.

Este Colegiado estima que, en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral, en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir, la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. (Expediente n.º 00142-2011-AA, fundamentos jurídicos n.ºs 17 y 18).

Este cambio de criterio no supone el mero cambio de una causal de improcedencia por otra, sino que implica asumir que las presuntas vulneraciones a derechos que se produzcan en el laudo o el proceso arbitral deben ser remediadas por la instancia judicial y ya no por la vía del amparo.

Pero, esto no es todo, en el mismo caso agrega que:

Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o

constitucional; “por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51 (...), más aún si ella misma (artículo 38) impone a todos –y no sólo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla”. (STC n.º 3741-2004-AA/TC, fundamento n.º 9). (Fundamento jurídico n.º 24).

El Tribunal Constitucional entiende que el principio de unidad de la función jurisdiccional en cabeza del Poder Judicial (inciso 1 del artículo 139 de la Constitución) no se quiebra con el reconocimiento de potestades jurisdiccionales a otros sujetos como los tribunales militares, las comunidades campesinas y nativas o los árbitros, y compartimos su punto de vista, pero lo que no nos parece tan claro es que todos éstos posean idéntica potestad interpretativa.

Si se justifica el ejercicio del control difuso por órganos administrativos y árbitros acudiendo al artículo 38 de la Constitución, la consecuencia sería que cualquier persona podría inaplicar la ley a su propio caso, ya que dicha disposición establece que «*Todos* los peruanos tienen el deber... de respetar, cumplir y defender la Constitución», sin que el término deba ser restringido a quienes ejercen funciones jurisdiccionales.

Esta conclusión es claramente inaceptable, no tanto porque los individuos no sean intérpretes de la Constitución (al fin y al cabo, cuando un empleador despide a un trabajador o una asociación de vecinos establece una reja, lo hacen a partir de determinada interpretación sobre el contenido y alcance de la protección contra el despido arbitrario o la libertad de tránsito, respectivamente), sino porque el único supuesto en el que los particulares pueden desobedecer las normas es frente a gobiernos usurpadores en ejercicio del derecho de insurgencia previsto por el artículo 46 de la Constitución.

Las normas legales son el producto de la actividad del legislador democrático, representante de la ciudadanía, y gozan de una presunción de constitucionalidad que, desde nuestra perspectiva, no puede ser dejada sin efecto por actos de particulares, ni aun cuando ejerzan potestades jurisdiccionales como sucede con los árbitros.

Más discutible, pero idénticamente cuestionable resulta la extensión de esta facultad a órganos de la administración que se reconociera a partir de lo resuelto en el expediente n.º 03741-2004-AA. Las decisiones administrativas que causan estado constituyen cosa decidida y pueden ser cuestionadas por la vía del proceso contencioso-administrativo, de acuerdo con el artículo 148 de la Constitución y sería allí el ámbito donde debiera plantearse la presunta inconstitucionalidad que afecta a la ley.

Si descartamos que todos los peruanos puedan ejercer el control difuso, con más razón nos oponemos a la posibilidad de que ciudadanos extranjeros ejerzan tal potestad, y es que las partes en el arbitraje pueden decidir quiénes serán los árbitros sin que la nacionalidad de los mismos resulte un factor determinante.

Por otra parte, ¿cuando las decisiones de los Magistrados del Poder Judicial en que se ejerce el control difuso quedan firmes, se deben elevar en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, cabría extender esa regla a los laudos definitivos expedidos en instancia única? Pareciera que no.

La revisión del ejercicio ilegítimo de esta facultad por parte de los árbitros habilita la procedencia directa del amparo contra laudos, que según el Tribunal Constitucional se limita a los siguientes casos expresa y taxativamente enunciados:

No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071. (Fundamento jurídico n.º 21).

Es decir, que el control sólo se habilita cuando los árbitros ejerzan el control difuso contra la interpretación fijada en procesos de control abstracto, pero no para el caso de interpretaciones erróneas o inconstitucionales.

El fundamento citado concluye agregando que:

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo. (Fundamento jurídico n.º 21).

Es decir que como vía previa y prerrequisito de la demanda, debe requerirse al o los árbitros que corrijan la presunta interpretación contraria a lo decidido por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, en los procesos de inconstitucionalidad o de Acción Popular, respectivamente.

Por último, el Tribunal Constitucional, en aplicación de lo previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, exterioriza como precedente la siguiente regla:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes. (Fundamento jurídico n.º 26).

El control difuso ejercido por los árbitros queda subordinado, entonces, a las mismas reglas que resultan aplicables en sede judicial, es decir, relevancia de la norma para la resolución del caso, que no sea posible encontrar una interpretación que resulte conforme con la Constitución y que se demuestre la vulneración de derechos fundamentales.

6. CONCLUSIONES

Como hemos visto en nuestro sistema constitucional, conviven el control difuso y el concentrado en un órgano constitucional autónomo. El Tribunal Constitucional es diseñado como el órgano de control de la carta y, en consecuencia, es quien tiene la última palabra en relación con su interpretación.

La norma suprema no incluye los términos «supremo intérprete» contenidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica, pero ello no modifica en nada la posición que, dentro del esquema del Estado peruano le asignara el constituyente. Es quien tiene la última palabra en materia de constitucionalidad, en concreto, por medio del control difuso³⁴ o en abstracto

³⁴ Corresponde destacar que si bien no cuenta con facultades para autoconvocarse la cuestión de constitucionalidad, como sucede en el modelo español, ello no le

por la vía del proceso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, es el órgano de cierre del sistema. Sus resoluciones no pueden ser revisadas y si se vulnera algún derecho contenido en los tratados podrá denunciarse al Estado peruano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

La relación con los demás órganos del Estado, en general, y con el Poder Judicial, en particular, son y serán siempre tensas, al fin y al cabo, a nadie le resulta agradable que dejen sin efecto sus resoluciones y, por lo tanto, debemos acostumbrarnos a convivir con esa situación.

Estas tiranteces no se presentan sólo en nuestro país, en España, por ejemplo, una Sala Suprema condenó civilmente por culpa extracontractual a once Magistrados del Tribunal Constitucional, al decidir la inadmisión de un recurso de amparo de manera negligente. En otro caso mantuvo su interpretación sobre el plazo de prescripción de los delitos «... pese a la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 63-2005».³⁵

Toda vez que el órgano de control de la Constitución tiene competencia para revisar la «regularidad»³⁶ constitucional de las resoluciones del Poder Judicial, podríamos decir que posee en relación con aquél una especie de rol prevalente que no suprime ni desnaturaliza su autonomía.

El Tribunal Constitucional es un órgano joven y si bien, como ya señaláramos *supra*, no es una innovación introducida por la Constitución de 1993, posee una escasa trayectoria institucional y, por lo tanto,

impide amplificar el efecto de lo resuelto en un proceso de amparo por medio del precedente constitucional o el estado de cosas inconstitucionales.

³⁵ Un amplio desarrollo sobre el tema de la «Guerra de las Cortes» puede encontrarse en PÉREZ TREMP, Pablo. *Los procesos constitucionales. La experiencia española*. Lima: Palestra, 2006, pp. 150 y ss.

³⁶ El inciso 2 del artículo 200 de la Constitución dispone que el amparo no procede contra resoluciones judiciales, ya que no es una suprainstancia del Poder Judicial, pero si el proceso no ha sido regular, en el sentido de que se han vulnerado derechos fundamentales, entonces, procede su revisión.

todavía se producen discusiones sobre la necesidad de mantener o modificar el mecanismo de control concentrado.

De hecho no faltan quienes plantean, como alternativa, suprimir el Tribunal Constitucional atribuyendo su competencia a la Corte Suprema. Al respecto, diremos que ello no resolvería los problemas que se pretenden enfrentar, las tensiones con los demás órganos se mantendrían, pero con el sobrecosto de que se afectaría aún más la ya mellada confianza que merece el poder judicial. En segundo lugar, creemos que una revisión interna de la legitimidad constitucional de las decisiones emitidas por el propio poder judicial no resulta suficientemente garantista, sin mencionar que, en clave de separación de poderes, no es lo ideal que sea uno de los poderes del Estado el que expulse del ordenamiento las normas inconstitucionales. Por último, diremos que en los sistemas jurídicos donde no hay tribunales constitucionales, la Corte Suprema tiende a especializarse en materia constitucional, como sucede en México, Estados Unidos o Argentina.

Somos de la opinión que con el paso del tiempo, las decisiones del Tribunal Constitucional tenderán a estabilizarse³⁷ y los demás órganos asimilarán de mejor manera sus decisiones, sin desatar crisis que suelen adquirir ribetes «pugilísticos».³⁸

El ejercicio del control difuso fue escaso y timorato hasta bien pasada la mitad del siglo XX, observándose en las últimas décadas un ejercicio intenso y no siempre exento de cuestionamientos, particularmente frente a actividades como las de casinos, explotación de máquinas tragamonedas³⁹ o la importación de vehículos y repuestos usados.

³⁷ Atenta contra este ideal la alta rotación de los Magistrados que, además, no pueden ser reelegidos para el ejercicio del cargo.

³⁸ Memorables han sido los enfrentamientos con el Jurado Nacional de Elecciones por el amparo electoral, los choques con el Poder Judicial por temas como casinos o las asperezas con el Congreso de la República por la regulación de la justicia militar.

³⁹ En el expediente n.º 00006-2006-CC el Tribunal Constitucional dejó sin efecto decenas de resoluciones estimatorias firmes en el entendido de que la cosa juzgada ilegítima no puede producir efectos.

La extensión de esta facultad a los árbitros abre interrogantes problemáticos, por ejemplo: ¿cuál es la legitimidad que puede invocar una persona desprovista de autoridad, aun cuando ejerce función jurisdiccional, y que potencialmente podría ser extranjera,⁴⁰ para inaplicar la norma jurídica aprobada por el legislador democrático peruano?, en otras palabras, ¿por qué cabría asumir que la interpretación que los árbitros realicen sobre el aspecto constitucional de la ley deba prevalecer sobre la que realiza el legislador democrático?

De otra parte cabe anotar que el ejercicio ilegítimo del control difuso por parte de los árbitros en ámbitos no controlados en abstracto, no parece habilitar la vía del amparo, pero tampoco la del proceso de anulación donde las causales están taxativamente enumeradas en la ley. Como no podemos asumir ámbitos exentos del control constitucional, por una u otra vía debería poder plantearse el tema, y entendemos que ésta sería la del amparo.

Por último, tampoco se entiende por qué los jueces y vocales del Poder Judicial deben elevar sus decisiones firmes en consulta y los árbitros, que ejercen la judicatura por decisión de las partes, están exentos de control, con el riesgo que para los derechos fundamentales ello importa.

Estamos convencidos de que en las materias tratadas no se ha dicho la última palabra y que nuevos pronunciamientos seguirán delineando los perfiles del modelo de jurisdicción constitucional y rectificando algunos aspectos como el del control difuso de los árbitros.

⁴⁰ La Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial exigen como primer requisito para el ejercicio de la Magistratura el de ser peruano *por nacimiento*. Es decir, que esta responsabilidad no sólo que no puede ser ejercida por extranjeros, sino que tampoco pueden aspirar aquéllos que habiendo nacido en otros países hayan adquirido posteriormente la nacionalidad peruana.

¿PUEDEN LOS CONTRIBUYENTES DEL PERÚ ACCEDER A
LA JUSTICIA ARBITRAL EN MATERIA TRIBUTARIA?

DESAFÍOS, REALIDADES Y PROPUESTAS

Abdías Sotomayor Vértiz

¿PUEDEN LOS CONTRIBUYENTES DEL PERÚ ACCEDER A LA
JUSTICIA ARBITRAL EN MATERIA TRIBUTARIA?
DESAFÍOS, REALIDADES Y PROPUESTAS

*Abdías Sotomayor Vértiz**

Sumario: 1. Antecedentes del problema.— 2. Argumentos a favor y argumentos en contra del arbitraje tributario.— 3. Evaluación del rol del Tribunal Fiscal y la alternativa de recurrir en su defecto a un arbitraje.— 4. Evaluación del rol del Defensor del Contribuyente y Usuario Aduanero, dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas.— 5. Evaluación de la protección de los derechos de los contribuyentes y solución de controversias tributarias. La alternativa del proceso constitucional de amparo.— 6. Materialización de la propuesta legislativa de arbitraje tributario.

1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

La enorme carga procesal al interior del Tribunal Fiscal y, sobre todo, en el Poder Judicial, en lo que respecta a las acciones contencioso-administrativas en materia tributaria, nos motiva a escribir el presente artículo, y pensar en mecanismos alternativos de solución a las controversias tributarias. También nos motiva el hecho de que creemos que la justicia arbitral es una forma de solución rápida y eficaz, la cual contribuye a la descarga del Poder Judicial.

* Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz. Magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en temas Tributarios, Aduanero y Comercio Internacional. Egresado del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nuestro artículo se centra en el arbitraje como el mecanismo alternativo de solución idónea para la materia tributaria, no porque no creamos en las alternativas de la mediación, transacción y la conciliación, sino porque un cambio normativo que incluya a todos los mecanismos alternativos no sería aceptado por la Administración Tributaria, a pesar de que a nivel doctrinario y legislativo algunos países reconozcan tal posibilidad, y el argumento principal para ello es la defensa y cumplimiento del principio de legalidad o el de reserva legal, el cual está presente en el Código Tributario, y del cual se desprende que las entidades públicas que son acreedoras tributarias (o que son administradoras tributarias) defiendan el tema de la indisponibilidad del crédito tributario.

En el Perú la figura del arbitraje se viene desarrollando, y cada vez más se exploran nuevas áreas o temas jurídicos en los cuales puede aplicarse como mecanismo jurisdiccional de heterocomposición. Estamos convencidos de que es un derecho de los contribuyentes que pagamos tributos en el Perú, acceder a la justicia arbitral en materia tributaria que no tendría por qué ser un mecanismo de resolución de conflictos exclusivo de los inversionistas extranjeros. Sin embargo, somos conscientes de que aún existen algunos reparos al respecto, sobre todo de parte de las Administraciones Tributarias.

Este artículo intenta contribuir brindando argumentos a favor del arbitraje y construyendo una propuesta que lo haga viable y accesible a todo contribuyente.

2. ARGUMENTOS A FAVOR Y ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ARBITRAJE TRIBUTARIO

Como principales objeciones al arbitraje tributario se señalan los argumentos de renuncia a la soberanía nacional y a que la Administración Tributaria como representante del Estado, estaría renunciando a sus prerrogativas para aprobar la creación de tributos y exigir el pago de

toda deuda tributaria vinculada con los tributos creados. Frente a estos argumentos, debemos señalar que también existen argumentos a favor del arbitraje como son: la especialización de los árbitros, la celeridad del fallo, la mayor imparcialidad de las decisiones y, principalmente, el respeto de las libertades de las personas y la seguridad jurídica.

Los dos argumentos en contra del arbitraje responden a una forma tradicional de entender o concebir el Derecho Tributario, bajo dicha forma es el Estado soberano el que ejerce su poder (*ius imperium*) sobre el ciudadano (antes súbdito) y le exige el pago de un tributo que ha sido creado por el propio poder del Estado mediante una ley o norma con rango de ley. Esta concepción del Derecho Tributario no toma en cuenta más que una relación bilateral entre la Administración Tributaria que representa al Estado y el propio contribuyente que es el obligado principal al pago de la deuda, y bajo dicha concepción es el Estado el que resuelve las controversias, sea por decisión de la Administración Pública al resolver un recurso de reclamación tributaria o una apelación, o sea al emitir sentencia por un órgano del Poder Judicial en un proceso contencioso-administrativo tributario.

El Derecho Tributario es considerado como un tema de Derecho Público y, por lo tanto, no cabe la posibilidad de recurrir al arbitraje tributario, ya que éste forma parte de la esfera del Derecho Privado ya que se privilegia la voluntad de las personas, y es por ello que en el privilegiar los derechos de las personas, es que ellas pueden optar por una administración de justicia privada como es el arbitraje.

Si se opta por no permitir la figura del arbitraje tributario, bajo el argumento de afectarse la soberanía nacional por la cual se puede exigir el pago de tributos, se está cometiendo un error fundamental, el Estado tiene límites y no es todopoderoso, el primer límite que tiene es el de respetar los derechos de las personas, con lo cual podemos afirmar —y ello se desprende de nuestra propia Constitución— que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no al revés.

Teniendo en cuenta que los derechos de las personas están por encima de las prerrogativas del Estado, podemos entender que exista un principio de legalidad en materia tributaria por el cual se le permita a determinadas entidades crear un tributo, sea un impuesto mediante una ley, o sea una tasa mediante una Ordenanza Municipal o Regional. Luego de creado el tributo, es responsabilidad de cada Administración Tributaria, responsable según sus competencias, exigirle a cada persona, natural o jurídica, que sea considerada como contribuyente por la ley, el pago de una deuda tributaria. Hasta ese punto entendemos que el Estado puede tener plenas prerrogativas, es decir, que el principio de legalidad le permite sólo la creación del tributo y normar cómo deberá actuar la Administración Tributaria para cobrarlo, empezando por definir las competencias de la autoridad y cómo se llevarán a cabo las labores de nacimiento de la obligación tributaria, determinación, declaración de la deuda, pago de la misma, y cobranza o reclamación.

Si como hemos señalado en el párrafo anterior, el Estado tiene determinados poderes en materia tributaria (potestad tributaria), la cual le permite, por ejemplo, iniciar acciones de fiscalización y de sanción, cabe preguntarse si debe existir un límite para ello, y la respuesta nuevamente la encontramos en diversos artículos de la propia Constitución, cuando se señala, por ejemplo, la no confiscatoriedad de los tributos, el respeto al principio de legalidad, al debido proceso y al derecho de defensa.

Al existir límites para el ejercicio de la potestad tributaria, reafirmamos la idea de que el Estado como tal, no prima sobre la persona, sino que es ella la que tiene derechos que deben ser respetados en todo momento por parte de la Administración Tributaria que representa al Estado.

Se le permite a la Administración Pública determinar y cobrar la deuda, pero también resolver en primera y segunda instancia, es decir, que la Administración Tributaria puede corregir la decisión de uno de sus órganos, y es por ello que existe el recurso de reclamación tributaria,

pero también existe el recurso de apelación para que sea una instancia administrativa de carácter nacional la que resuelva la controversia. Hasta ese punto tenemos claro que la potestad del Estado en materia administrativa, no es absoluta, tiene límites; por tanto, pensar en una justicia arbitral no resulta descabellado.

Si desde la Constitución Política del Perú se reconoce a la justicia arbitral, cabe preguntarse si ella tiene límites constitucionales, y de la lectura de los artículos 62 y 139, inciso 1, observamos que no existirían restricciones a las materias arbitrales.

En el artículo 62 se reconoce la plena libertad de contratación que tiene toda persona, y bajo dicha libertad, se puede pactar en un contrato una cláusula de solución de controversias en la vía arbitral. Incluso los contratos-ley pueden ser una forma de garantizar y proteger los derechos de toda persona en sus relaciones con el Estado. Por su parte, el artículo 139, inciso 1, reconoce a la justicia arbitral como independiente de la función jurisdiccional del Poder Judicial.

Al estar sometida la controversia a un arbitraje, tanto la Administración Tributaria como el contribuyente toman la decisión de optar por dicho mecanismo alternativo de solución, con la salvedad de que en el caso de la entidad pública, ella requiere de una ley expresa que le autorice a tomar la decisión, y de que se cumpla con todos los requisitos exigidos para ello.

La decisión que resuelva la controversia jurídica sometida a arbitraje, analizará el fondo del problema y tiene tanto valor como el emitido por un órgano del Poder Judicial, con la justificación de que dicho fallo debe respetar el ordenamiento jurídico vigente y, especialmente, las reglas del Derecho Tributario. El fallo puede ser a favor o en contra de una de las partes, por lo que si la Administración Tributaria tiene argumentos objetivos, consistentes, ajustados a la ley tributaria, y se ha respetado las reglas del debido procedimiento administrativo, no queda duda de

que en esos casos el contribuyente perderá y tendrá que cumplir con las obligaciones tributarias o aduaneras con las que siempre debió cumplir, igual ocurre en la situación inversa en la cual el contribuyente gana por tener la razón al contar con argumentos sustanciales o formales.

Entre las ventajas del arbitraje, debemos hacer incidencia en que los propios contribuyentes pueden sentirse seguros de que el «juzgador» gozará de una total independencia del acreedor tributario.

La independencia del tribunal arbitral, garantiza que no queden dudas sobre alguna influencia del acreedor tributario respecto del juzgador, considerando que ambos son representantes del Estado, y si bien el Poder Judicial es una institución independiente del Poder Ejecutivo, un contribuyente extranjero, tenga dudas sobre la imparcialidad y, sobre todo, la especialización en temas tributarios de los magistrados.

A los mencionados temores, que son propios de cualquier contribuyente, debemos recordar que a pesar de la gran estabilidad macroeconómica, el Perú es un país ubicado en la región sudamericana en donde hoy, en pleno siglo XXI, países como Argentina y Bolivia han optado por estatizar (o nacionalizar) empresas privadas. Atendiendo al temor a las estatizaciones, ello, al igual que la confiscación tributaria representa riesgos para la inversión extranjera. Si bien el Perú se ha alejado de los modelos intervencionistas del Estado, lo cierto es que las acotaciones tributarias o aduaneras representan un grave factor de riesgo para toda empresa extranjera, a lo que se suma el riesgo de la poca predictibilidad de las decisiones que, en general, emanan del Poder Judicial.

Con el arbitraje tributario, los contribuyentes también pueden sentirse seguros, no sólo en el contenido del fallo, sino también en el cumplimiento efectivo de los plazos, ya que el tribunal arbitral ha sido conformado bajo la premisa de que cumplirá con los plazos, porque se aboca al conocimiento del caso en particular y, por ende, cada árbitro

es responsable de asumir la obligación de cumplir con los plazos del proceso arbitral.

Respecto del tema de plazos, debemos tener presente que el fallo arbitral es de una sola instancia, por lo que no hay otra instancia adicional ni una revisión casatoria, ésta es una gran ventaja del arbitraje, ya que los procesos contencioso-administrativos pueden pasar por varias instancias judiciales (en la actualidad, son los juzgados y salas superiores especializadas en la materia contencioso-administrativa), con lo cual el plazo o tiempo de duración del proceso judicial puede superar los dos años, considerando la carga procesal existente en el distrito judicial de Lima que será el competente para recibir todas las demandas interpuestas contra las decisiones del Tribunal Fiscal que domicilia en la ciudad de Lima.

3. EVALUACIÓN DEL ROL DEL TRIBUNAL FISCAL Y LA ALTERNATIVA DE RECURRIR EN SU DEFECTO A UN ARBITRAJE

Podemos cuestionar las competencias del Tribunal Fiscal, en el sentido de que deberían también ser asumidas por tribunales arbitrales, bajo la premisa de que representan al propio Poder Ejecutivo, y que al ser un órgano del Ministerio de Economía y Finanzas, pudiese estar influenciado por las necesidades de recursos fiscales del Tesoro Público, pero debemos reconocer que en muchos casos ha sido el Tribunal Fiscal el que ha defendido a los contribuyentes de cobros ilegales; sin embargo, también es cierto que muchas veces el actuar de dicho órgano no ha permitido cuestionar el cobro de tributos ilegales como el Impuesto Mínimo a la Renta que se cobraba a las empresas, pese a que habían tenido pérdidas y, en estricto, no había renta.

Los aciertos y desaciertos de algunas salas del Tribunal Fiscal, demostrarían que no se garantiza la efectiva protección de los derechos de los contribuyentes, y que más bien los tribunales administrativos opta-

rían por la defensa del fisco (ello, considerando que en la Constitución Política de 1993, no se ha reconocido ni mencionado el principio *in dubio pro deudor tributario*).

Frente a la situación descrita en el párrafo anterior, creemos que la denominada segunda instancia administrativa podría ser reemplazada por los tribunales arbitrales, con la finalidad de proteger los derechos de los contribuyentes.

De conformidad con la Ley Orgánica y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas (aprobado mediante Resolución Ministerial n.º 223-2011-EF/43), el Tribunal Fiscal es un órgano resolutorio del Ministerio y depende administrativamente del Ministro, con la excepción de que cuenta con autonomía en el ejercicio de sus funciones específicas.

Al Tribunal Fiscal le corresponde resolver oportunamente, todas las controversias tributarias que se presente entre las Administraciones Tributarias y los contribuyentes. Para resolver las controversias, las salas del Tribunal Fiscal están facultadas para interpretar y aplicar la ley tributaria, pudiendo incluso fijar criterios jurisprudenciales uniformes y proponer normas.

Para realizar su trabajo, el Tribunal Fiscal cuenta con 11 salas especializadas en tributos internos (de alcance nacional), tributos municipales, tributos aduaneros y otros tributos (como las contribuciones de seguridad social y aportaciones previsionales).

Cada una de las salas del Tribunal Fiscal ejerce las siguientes funciones:

- Resuelve como última instancia administrativa los recursos de apelación contra las resoluciones de la Administración Tributaria por las cuales se han resuelto reclamaciones tributarias inter-

puestas contra órdenes de pago, resoluciones de determinación, resoluciones de multa u otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria. También resuelve las apelaciones contra las resoluciones que resuelven solicitudes no contenciosas referidas a la determinación de la obligación tributaria, y las solicitudes correspondientes a las aportaciones al Seguro Social de Salud (EsSalud) y a la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

- Resuelve en última instancia administrativa los recursos de apelación contra las resoluciones que expida la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), sobre los siguientes temas: derechos aduaneros, clasificaciones arancelarias y sanciones previstas en las siguientes normas: Ley General de Aduanas y su Reglamento, así como normas conexas y las pertinentes del Código Tributario (que se aplica de manera supletoria).
- Resuelve en última instancia administrativa los recursos de apelación contra las resoluciones de sanción de: comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes. El Tribunal también resuelve las apelaciones respecto de sanciones que sustituyan a otra sanción (conforme a lo establecido en el Código Tributario).
- Resuelve los conflictos o cuestiones de competencia que se susciten en materia tributaria, conforme a la normatividad aplicable.
- Resuelve las quejas que los deudores tributarios presenten contra las actuaciones o procedimientos aplicados por Administraciones Tributarias, los cuales afecten directamente o infrinjan lo establecido en el Código Tributario, la Ley General de Aduanas,

su Reglamento y las disposiciones administrativas que regulan la materia aduanera.

- Establece criterios y disposiciones generales, con la finalidad de uniformizar la jurisprudencia en las materias tributarias y aduaneras.
- Propone al Ministro de Economía y Finanzas, proyectos de nuevas normas que permitan suplir las deficiencias (imprecisiones o lagunas jurídicas) en la legislación tributaria y aduanera.
- Resuelve en última instancia administrativa los recursos de apelación contra las tercerías o intervenciones excluyentes de propiedad, que sean planteados en procesos de cobranza coactiva.
- Celebra convenios con entidades del Sector Público, a fin de llevar a cabo la labor de notificación de las resoluciones del propio Tribunal Fiscal, y de esta forma mejorar el desarrollo de los procedimientos tributarios.

De la revisión de las funciones a cargo del Tribunal Fiscal, observamos que muchas de ellas están referidas a que sea la última instancia del procedimiento administrativo tributario. Atendiendo al rol de segunda instancia con competencia nacional, es perfectamente posible que las salas del Tribunal Fiscal tengan un gran trabajo pendiente de resolver y, prueba de ello, es que a pesar de la creación de nuevas salas, todavía en el año 2012 existe un alto pasivo de expedientes pendientes de resolver.

Según estadísticas oficiales del propio Tribunal Fiscal, al 30 de abril de 2012 existe un pasivo de 18,830 expedientes —cifra que debemos comparar con el pasivo existente al mes de abril del año 2011, año en el que se registraba un pasivo de 24,785 expedientes—; es decir, que en el

lapso de un año las 11 salas del Tribunal Fiscal han podido reducir cerca de 6,000 expedientes (aproximadamente, 25%).¹

A la carga del pasivo, debemos agregar la carga de ingresos mensuales y anuales de expedientes que recibe el Tribunal Fiscal. Analizando las estadísticas del cuerpo colegiado, tenemos lo siguiente: mensualmente el Tribunal Fiscal recibe, aproximadamente, entre 1,000 y 1,500 expedientes, si consideramos un promedio mensual de 1,125 expedientes, durante el período comprendido entre abril del 2011 a marzo del 2012, habrían ingresado, aproximadamente, 15,000 expedientes.²

Cuando observamos en detalle cuáles son las Administraciones Tributarias que generan expedientes al interior del Tribunal Fiscal, observamos que es la SUNAT la que genera dicha carga, es decir, un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (que administra tributos de alcance nacional). Las estadísticas nos muestran que la SUNAT genera expedientes por tributos internos y por obligaciones aduaneras, las cuales en conjunto cada año superan los 8,000 expedientes e incluso llegan en algunos años a superar los 9,000 expedientes.³

Si analizamos de manera conjunta las cifras de expedientes nuevos, expedientes pasivos resueltos y los pendientes de atención, observamos que siempre existiría una carga pendiente y, por consiguiente, una demora. Esta realidad no es culpa de las 11 salas del Tribunal Fiscal, pero en tanto siga existiendo una considerable carga de pasivos, considera-

¹ La estadística de expedientes pasivos del Tribunal Fiscal puede consultarse en el siguiente link: https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/estadistic/imagenes/estadistica1img.jpg.

² La estadística de expedientes ingresados del Tribunal Fiscal puede consultarse en el siguiente link: https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/estadistic/imagenes/estadistica2img.jpg.

³ La estadística de expedientes remitidos al Tribunal Fiscal por entidades puede consultarse en el siguiente link: https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/estadistic/imagenes/estadistica3img.jpg.

mos que serán necesarias nuevas respuestas a esta problemática, ya que las demoras afectan a los contribuyentes.

Las estadísticas de expedientes tramitados ante el Tribunal Fiscal demuestran que las primeras instancias administrativas no están realizando su trabajo de ser imparciales y de corregir los excesos de recaudación fiscal de alguno de los órganos de las distintas Administraciones Tributarias que ejercen función en el país.

Surgen las controversias tributarias, debido a que por una decisión ilegal o arbitraria de un funcionario público se ha decidido cobrarle a un contribuyente una deuda que no existe o, en todo caso, se le ha negado la posibilidad de una devolución de tributos, o se ha impuesto una sanción sin mayor sustento o sin respetar el debido procedimiento.

Las estadísticas ponen de manifiesto que un importante universo de contribuyentes no está de acuerdo con las decisiones de la SUNAT, al resolver sus reclamaciones tributarias o cuando ha optado por imponer una sanción tributaria o aduanera. Teniendo en cuenta esta realidad y, sobre todo, considerando las demoras en la tramitación de expedientes al interior del Tribunal Fiscal, podemos afirmar que muchos contribuyentes pueden considerar que sus derechos no han sido debidamente protegidos, y que si la segunda instancia administrativa no les da la razón, recurrirán a la vía judicial considerando la cantidad de la deuda tributaria o aduanera (o de la solicitud de devolución de tributos).

El universo de contribuyentes que recurre a la acción contencioso-administrativa en materia tributaria y aduanera, puede tener o no tener la razón, pero al interponer una demanda, se pone en tela de juicio el actuar de las salas del Tribunal Fiscal. Para este universo de contribuyentes, la Administración Pública no sólo no protege sus derechos, sino que existe una demora en la atención que nuevamente se expone a toda persona a tener que asumir mayores gastos para defenderse en sede judicial.

Como veremos en otro punto del presente artículo, las decisiones del Tribunal Fiscal, incluso han sido objeto de acciones de garantía constitucional mediante procesos de amparo, lo que demuestra la necesidad que tienen los contribuyentes de una administración de justicia rápida que les permita la protección de sus derechos, por lo que, en lugar de recurrir al contencioso-administrativo, agotan las instancias del proceso de amparo y llegan al Tribunal Constitucional, y dejan de lado la acción contencioso-administrativa.

4. EVALUACIÓN DEL ROL DEL DEFENSOR DEL CONTRIBUYENTE Y USUARIO ADUANERO, DEPENDENCIA DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

Al interior del Ministerio de Economía y Finanzas funciona un órgano denominado Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, cuya función es la de garantizar los derechos de los contribuyentes, siendo su ámbito de intervención, las actuaciones que realicen o las gestiones que se efectúen ante las Administraciones Tributarias y el propio Tribunal Fiscal.

La Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero fue creada en el año 2004 mediante el Decreto Legislativo n.º 953, norma mediante la cual se aprobó el Código Tributario, y mediante el Decreto Supremo n.º 050-2004-EF se establecieron las funciones del Defensor del Contribuyente y del Usuario Aduanero.

La Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero recibe y atiende las quejas y sugerencias respecto de la actuación de las Administraciones Tributarias y el Tribunal Fiscal, velando por que dichos órganos tributarios cumplan con sus funciones sin incurrir en excesos.

Entre otras funciones de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, está la de proponerle al Ministro de Economía y Finanzas las

modificaciones normativas y procesales que juzgue necesarias, dentro de la materia de su competencia; y también informarle al ministro sobre los recursos de queja presentados contra el Tribunal Fiscal, al amparo del inciso b) del artículo 155 del Código Tributario.

También tiene como función informar al Ministro de Economía y Finanzas sobre los recursos de queja contra el Tribunal Fiscal, formulados al amparo del inciso b) del artículo 155 del Código Tributario, así como sobre la procedencia o no de las demandas contencioso-administrativas en materia tributaria.

Cabe indicar que la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero cuenta con independencia funcional en sus actuaciones, ello a pesar de sólo ser un órgano del MEF. Si bien es parte del organigrama del Ministerio de Economía y Finanzas, es un órgano autónomo, ya que no forma parte de las Administraciones Tributarias (SUNAT, Municipalidades y otros), ni del propio Tribunal Fiscal.

La Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero debe llevar a cabo una recopilación de los hechos ocurridos y puestos en su conocimiento por el contribuyente, no resuelve ni representa una instancia administrativa dentro del procedimiento contencioso-tributario. Realiza gestiones ante las Administraciones Tributarias respecto de las quejas presentadas por los contribuyentes por los siguientes tipos de demoras: en la devolución de tributos, en lo referente al despacho aduanero, en las verificaciones de domicilios, entre otras demoras de la administración.

Un trabajo importante de este órgano está dirigido a la orientación de los contribuyentes respecto de sus derechos y obligaciones ante las Administraciones Tributarias y el Tribunal Fiscal, principalmente, sobre sus derechos a interponer recursos de reclamación y de apelación tributaria.

Luego de evaluar las funciones y trabajo a cargo de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, observamos que al no ser una instancia decisoria, su intervención está limitada a ser una suerte de mediador del contribuyente con las Administraciones Tributarias y el Tribunal Fiscal, a fin de que no se dilaten los procesos y, de esta forma, se cumplan con los plazos. Su otra labor fundamental, es que al analizar la casuística de pedidos de intervención de los contribuyentes, el Defensor puede recomendarle al ministro cambios normativos, a fin de garantizar los derechos de los administrados.

Sin perjuicio de lo antes señalado, y habiendo resaltado la experiencia de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, creemos que su rol debería ser modificado legislativamente, a fin de que pueda ser una instancia de conciliación entre las Administraciones Tributarias y el Tribunal Fiscal con los contribuyentes, ello permitiría solucionar controversias y evitaría que los contribuyentes acudan al Poder Judicial para demandar.

Creemos que un futuro rol conciliador de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, debería ser permitido legalmente, ello en vista de que en la actualidad dicho órgano, cuando evalúa la posibilidad de que se autorice o no a que el Ministerio de Economía y Finanzas inicie una acción contencioso-administrativa, su opinión representa una suerte de filtro que evita la interposición de demandas que no prosperarían ni tendrían un resultado favorable.

5. EVALUACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS TRIBUTARIAS. LA ALTERNATIVA DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO

Muchos contribuyentes no han estado conformes con las decisiones del Tribunal Fiscal, y es por ello que han recurrido a procesos de amparo que les permitan poner en conocimiento del Tribunal Constitucional sus problemas y vulneraciones de derechos.

En algunos casos, los procesos de amparo se han iniciado sin haber agotado previamente la vía administrativa, por lo que no hay un fallo del Tribunal Fiscal, lo que evidencia la urgencia de respuesta del contribuyente y su desconfianza en la segunda instancia administrativa tributaria.

Los procesos de amparo tramitados y resueltos por el Tribunal Constitucional, evidencian que se ha dejado de lado la opción de la acción contencioso-administrativa, debido a que los contribuyentes consideran que dichos procesos son mucho más largos que los de amparo.

A continuación, explicaremos brevemente los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional en materia tributaria y su enorme importancia.

Expediente n.º 03908-2010-PA/TC

El Tribunal Constitucional mediante fallo del 13 de diciembre del año 2010, en el proceso de amparo seguido en el expediente n.º 03908-2010-PA/TC, declaró FUNDADA la demanda y ordenó que la Intendencia de SUNAT del Cusco admitiese a trámite los medios impugnatorios presentados por la demandante y resolverlos conforme a ley.

Los antecedentes del caso se remontan al año 2006, en que la señora Julia Latorre Gómez fue sometida a un proceso de fiscalización, el cual concluyó con la Resolución de Intendencia n.º 096-014-0002189/SUNAT, de fecha 27 de junio de 2007, mediante la que se declararon nulas diferentes resoluciones de determinación y multa referidas al ejercicio gravable 2001. Posteriormente a la nulidad, la demandante tuvo conocimiento que la Administración Tributaria le había iniciado otro proceso por el mismo ejercicio tributario, y es por ello que planteó la nulidad de la notificación por severas irregularidades y vicios, pero esta solicitud fue recibida por la administración.

En vista de la gravedad de los hechos, y considerando una vulneración a sus derechos, la señora Latorre Gómez interpuso demanda de amparo contra la Intendencia Regional de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) – Cusco, a fin de que dicha entidad reciba y dé trámite a su pedido de nulidad de notificación de las Resoluciones de Multa n.º 094-002-0014686 y n.º 094-002-0014687, y Resolución de Determinación n.º 094-003-0004068, de fecha 23 de julio de 2008. El derecho constitucional invocado es el de vulneración de sus derechos a la igualdad ante la ley, a formular petición y a la observancia del debido proceso.

Lo grave del caso de la señora Latorre Gómez demuestra que las administraciones tributarias incumplen sus obligaciones al afectar derechos de las personas y principios fundamentales como es el del debido proceso, el cual comprende el derecho de defensa. Por estas razones es que en la parte considerativa del fallo del Tribunal Constitucional se decide que no existe justificación para que la administración tributaria se niegue a recibir solicitudes o recursos, ya que la función de la administración no puede suponer la imposición de trabas burocráticas y arbitrarias, con la salvedad de que es deber de la entidad verificar que se trate del acto reclamable.

En el fallo del Tribunal Constitucional también se hace referencia a los principios de la norma IV de la Ley n.º 27444, por la cual «las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas». Bajo el principio de informalismo, reconocido por la Ley n.º 27444, las normas de procedimiento deben interpretarse a favor de la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, y de esta forma, garantizar sus derechos e intereses a fin de que no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del propio procedimiento luego de admitida la solicitud.

Expediente n.º 0606-2008-PA/TC

En el caso seguido por la empresa ARTIFUM E.I.R.L. en el expediente n.º 0606-2008-PA/TC, la Sala Primera del Tribunal Constitucional ha emitido la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2008, y en ella se declaró Fundada en parte la demanda; y es por ello que a la demandante le resulta inaplicable el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 178-2004-EF, y se ordena la devolución de la(s) carta(s) fianza que la recurrente haya otorgado a favor de la Administración Tributaria.

La empresa demandante siempre pretendió la inaplicación del artículo 1 del Decreto Supremo n.º 178-2004-EF y la devolución de las cartas fianza para retirar su mercadería por cada importación, ya que su objeto social es la importación, exportación y comercialización del tabaco, puros y diversos artículos del fumador.

El antecedente del caso se remonta al año 2001, fecha en la cual el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto Supremo n.º 128-2001-EF, por el cual se aprobó una tasa del 100% por concepto de Impuesto Selectivo al Consumo el 100% de la base imponible a las partidas arancelarias 2402.10.00.00 y el 2403.10.00.00.

Considerando la decisión y efectos del referido Decreto Supremo, la empresa ARTIFUM E.I.R.L. inició un proceso de amparo en el expediente n.º 1746-2003-AA/TC y obtuvo una sentencia favorable (fallo del 29 de octubre de 2004 emitido por la Sala Primera del Tribunal Constitucional). Al amparo de este fallo, la hoy demandante pudo realizar sus actividades comerciales sin mayores problemas tributarios ni pagar la referida tasa por Impuesto Selectivo al Consumo, hasta que el Poder Ejecutivo aprobó en el mes de diciembre del año 2004, en que se dictó el Decreto Supremo n.º 178-2004-EF, norma en virtud de la cual la tasa del referido impuesto se estableció en 50% de la base imponible para productos derivados del tabaco; cigarros y cigarrillos.

En este nuevo caso, intervienen como partes, tanto el Ministerio de Economía y Finanzas como la SUNAT, entidades que plantean las excepciones de prescripción, incompetencia, y de falta de agotamiento de la vía previa, lo que evidencia la magnitud de la controversia, ya que consideran improcedente la demanda (o infundada), ya que el Decreto Supremo n.º 178-2004-EF, en opinión de las entidades públicas, sí ha cumplido la formalidad y exigencias del TUO de la Ley General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.

Las excepciones fueron declaradas infundadas, y se procedió al análisis de fondo del problema, para lo cual la sala del Tribunal Constitucional tomó en cuenta los siguientes argumentos:

- El artículo 74 de la Constitución, referido a la potestad tributaria por la cual el Estado está facultado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios, no puede realizarse sin respetar los principios y límites dispuestos por la propia Constitución y las leyes tributarias. La imposición de determinados límites, es con la finalidad de que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado, siempre sea constitucionalmente válido, y que esta potestad no sea ejercida con arbitrariedad.
- Los principios constitucionales previstos en el artículo 74 de la Constitución, son el de legalidad, reserva de ley, igualdad, respeto de los derechos fundamentales de las personas, y no confiscatoriedad.
- Para proteger a las personas frente a la arbitrariedad del ejercicio del poder tributario, en el último párrafo del artículo 74 se establece que «no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo». Por esta razón, la potestad tributaria del Estado debe ejercerse de acuerdo con el principio de constitucionalidad.

- El Decreto Supremo n.º 178-2004-EF es inconstitucional por estar basado en el artículo 61 del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, y en el Decreto Supremo n.º 128-2001-EF.
- El Tribunal Constitucional ya había emitido un anterior fallo respecto de la constitucionalidad del artículo 61 del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo. En el expediente n.º 2762-2002-AA/TC (Caso British American Tobacco), el Tribunal señaló que el referido artículo excedió los límites que derivan de la propia Constitución en materia de reserva de ley, dando carta abierta al Ejecutivo sin ningún parámetro limitativo.
- Se tomó en cuenta que la misma actora ya había cuestionado el Decreto Supremo n.º 128-2001-EF y obtenido una sentencia favorable en el expediente n.º 1746-2003-AA/TC, y en el fallo se consideró que el referido Decreto era inconstitucional.
- Al analizarse el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 178-2004-EF, el Tribunal Constitucional considera que hay una variación de la tasa del impuesto de 100% a 50%, pero que ello no cambia las razones por las cuales el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de la misma empresa en el expediente n.º 1746-2003-AA/TC, por ello concluye nuevamente que se ha violado el principio constitucional de reserva de ley, afectándose los derechos a la libertad de empresa y de comercio, y a la propiedad, al exigirse la extensión de cartas fianza.

Este caso pone en evidencia cómo una regla fundamental como es la referida al correcto ejercicio de la potestad tributaria, no es cumplida por el Poder Ejecutivo al aprobar normas como la que determina la tasa del Impuesto Selectivo al Consumo, poniendo en cuestión la propia constitucionalidad del artículo 61 de dicha ley tributaria.

Lo agravante de este nuevo caso, es que el Poder Ejecutivo, pese al resultado del expediente n.º 1746-2003-AA/TC en donde se cuestionó la constitucionalidad del Decreto Supremo n.º 128-2001-EF, ahora persista en el mismo error de fondo con la emisión del Decreto Supremo n.º 178-2004-EF, ya que el problema de fondo es la ilegalidad e inconstitucionalidad del artículo 61 del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.

También debe resaltarse que para empresas como la demandante en el expediente n.º 00606-2008-PA/TC, no es viable cuestionar las decisiones y actuaciones del Ministerio de Economía y Finanzas como la SUNAT ante el Tribunal Fiscal, y es por ello que no agotan la vía administrativa, ya que saben que poco podrá decidir dicho colegiado, y por esta razón es que recurren al proceso de amparo a fin de que, en su oportunidad, sea el Tribunal Constitucional la entidad que les garantice sus derechos.

Cabe indicar que hasta el momento el artículo 61 del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, no ha sido modificado, motivo por el cual existe el riesgo de que se siga incurriendo en el mismo error, incumplándose los principios vinculados con la potestad tributaria reconocida por el artículo 74 de la Constitución Política de 1993.

Expediente n.º 917-2003-AA/TC

Otro caso que evidencia la enorme importancia del Tribunal Constitucional en este tema, es el fallo emitido el 21 de febrero de 2005, en el expediente n.º 917-2003-AA/TC, caso iniciado por la empresa Corporación Comercial del Amazonas S.A. ante la Sala Primera del Tribunal Constitucional.

En la sentencia se declaró Fundada la acción de amparo, y se ordenó dejar sin efecto la compensación de oficio efectuada por la SUNAT, por

lo que dicha entidad debía devolver al contribuyente la deuda afectada por la Orden de Pago n.º 181-1-01576.

El presente caso se inició en junio del año 2001 cuando la empresa Corporación Comercial del Amazonas S.A. presentó su acción de amparo contra la SUNAT y el Tribunal Fiscal, a fin de que se dejasen sin efecto en su caso en concreto, lo dispuesto por los artículos 109 y siguientes, del Decreto Legislativo n.º 774, Ley del Impuesto a la Renta, norma que había previsto la creación del Impuesto Mínimo a la Renta.

En su demanda solicitó también que se dejara sin efecto, para su caso, la Resolución del Tribunal Fiscal n.º 189-2-2001 del 21 de febrero de 2001, que confirmó la Resolución de la Oficina Zonal n.º 185-4-00352/SUNAT del 31 de marzo de 1998, y se considerase sin efecto legal la Orden de Pago n.º 181-1-01576 correspondiente al mes de marzo del período 1997.

La demandante ha considerado que las acciones de cobranza de la SUNAT, vulneran sus derechos a la propiedad, a la no confiscatoriedad, a la libre empresa, a la libertad de trabajo y a la seguridad jurídica, considerando que durante el ejercicio fiscal 1997 tuvo pérdidas y, por ello, no hay renta neta, pero se le está obligando a pagar el Impuesto Mínimo a la Renta.

Al resolverse esta causa, se tomó en cuenta que el propio Tribunal Constitucional, en la causa n.º 0646-1996-AA/TC, había declarado que el Impuesto Mínimo a la Renta era inconstitucional al violar el principio de no confiscatoriedad de los tributos, ya que en el Decreto Legislativo n.º 774 destinado a gravar la renta, se terminaba gravando a la propia fuente productora de la renta, por lo que era una incongruencia la posibilidad de cobrar el Impuesto Mínimo a la Renta.

Para el Tribunal Constitucional, en este caso, no puede aplicarse el criterio de la sustracción de la materia por cancelación voluntaria de

deuda, ya que fue la propia SUNAT la que realizó la compensación de oficio. También se ha tomado en cuenta que, al amparo del artículo 40 del Código Tributario, no es posible compensar con deuda pendiente producto de impuestos inconstitucionales.

Fue una decisión de la SUNAT por la cual se efectuó la compensación de oficio, como lo demuestra el Oficio n.º 000006-2005-2Q2004/SUNAT remitido al Tribunal Constitucional, en el cual se ha anexado el Informe n.º 037-2005-SUNAT/2Q2003, en el cual se detalla que la Nota de Crédito Negociable Serie «A» n.º 00089574 se aplicó (por decisión de SUNAT) contra la Orden de Pago n.º 181-1-01576, en cumplimiento de la Resolución de Oficina Zonal n.º 182-4-00025/SUNAT.

Este caso nuevamente representa un grave error y abuso de la Administración, ya que a pesar de que el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad del cobro del Impuesto Mínimo a la Renta, la SUNAT no acata dicho fallo y materializa el cobro vía acciones de compensación de oficio aplicadas por normas reglamentarias de la propia SUNAT. Por estas razones, el derecho del contribuyente a recibir la devolución de impuestos solicitada, se ve interrumpido por la arbitrariedad de la Administración Tributaria.

De la referida resolución se advierte que, respecto a la deuda compensada de oficio, medió una solicitud de devolución previa, la cual evidentemente no fue atendida por decisión arbitraria de la SUNAT.

Expediente n.º 4734-2006-PA/TC

La empresa NORSAC S.A. interpuso demanda de amparo contra el Tribunal Fiscal, a fin de que se declaren inaplicables para su caso, los artículos 109 y siguientes del Decreto Legislativo n.º 774, normas referidas al Impuesto Mínimo a la Renta. La demandante alegó la vulneración de sus derechos al trabajo, a la propiedad y a la no confiscatoriedad de los tributos.

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional del 18 de julio de 2006 declaró Fundada la demanda y ordenó dejar sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal n.º 03624-5-2003, así como la Orden de Pago n.º 011-01-0077846 que había dado lugar a la cobranza de la deuda tributaria por parte de SUNAT.

Al solicitar la demandante que se dejase sin efecto la Resolución del Tribunal Fiscal n.º 03624-5-2003, se basó en lo dispuesto en las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los expedientes n.º 646-96-AA/TC y n.º 680-96-AA/TC, en los cuales estableció que el Impuesto Mínimo a la Renta desnaturalizó de forma proporcionada el Impuesto a la Renta.

Para la empresa demandante no sólo la SUNAT estaba equivocada y su actuar era arbitrario, sino que también el propio Tribunal Fiscal en la Resolución n.º 03624-5-2003, vulneró los derechos de la demandante, ya que la empresa en el ejercicio fiscal del año 1996 tuvo pérdidas, pero a pesar de ello el Tribunal Fiscal consideró que era exigible al contribuyente el pago de Impuesto Mínimo a la Renta.

Respecto del Impuesto Mínimo a la Renta, el Tribunal Constitucional ya había señalado criterios vinculantes, expresados en anteriores fallos como:

- El fallo del expediente n.º 0646-1996-AA/TC, estableció que el Impuesto Mínimo a la Renta era inconstitucional por violar el principio de no confiscatoriedad de los tributos, ya que en lugar de gravar las rentas o utilidades, se disponía gravar la propia fuente productora de la renta, a pesar de la no generación de ganancias.
- Se determinó la incongruencia entre el medio empleado (el supuesto de Impuesto Mínimo a la Renta) y los fines del legislador

tributario (gravar la renta). La incongruencia sustenta lo inconstitucional.

En este caso, nuevamente resulta criticable la actuación del Tribunal Fiscal, órgano que si bien se supone es autónomo, no ha garantizado los derechos de los contribuyentes, ya que no ha asegurado una efectiva protección del principio de no confiscatoriedad de los tributos. En la Resolución del Tribunal Fiscal n.º 03624-5-2003, los miembros del cuerpo colegiado consideran exigible la deuda, a pesar de que el contribuyente afirma y demuestra la existencia de pérdidas, igual el cuerpo colegiado opta la vigencia y validez del cobro del Impuesto Mínimo a la Renta, y no toma en cuenta el respeto a lo establecido en el artículo 74 de la Constitución.

Expediente n.º 02724-2007-PA/TC

En este caso, la empresa IMPORT Y EXPORT VIZCAR S.A. recurre en proceso de amparo ante la Sala Primera del Tribunal Constitucional, la cual con fecha 30 de julio del año 2009 declaró Fundada la demanda de amparo y, en consecuencia, inaplicable al demandante el artículo 2 del Decreto Supremo n.º 093-2005-EF.

El presente caso se origina cuando en diciembre del año 2005 la empresa demandante inicia el proceso de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), la SUNAT, y contra la Intendencia de la Aduana de Tacna, para que se le inaplique el Decreto Supremo n.º 093-2005-EF, emitido en virtud del artículo 61 de Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, ya que ha incorporado en el Literal A del Nuevo Apéndice IV de la referida ley, la importación de vehículos usados concebidos para el transporte de mercancías, siendo dichos bienes gravados con una tasa de 30% por concepto de Impuesto Selectivo al Consumo.

El principal alegato de la demandante es que con el cambio normativo, se ha creado un nuevo impuesto para los demandantes de 30%, vulnerándose el principio de reserva de ley y sus derechos fundamentales a la igualdad, empresa, comercio e industria y a la libre competencia.

La defensa del Estado, representado, tanto por la SUNAT, la Intendencia de Aduanas de Tacna, y el propio Ministerio de Economía y Finanzas, se centra en que el Decreto Supremo n.º 093-2005-EF, no se atenta contra el principio de legalidad previsto por el artículo 74 de la Constitución, ya que el artículo 61 de la Ley del Impuesto General a las Ventas y al Impuesto Selectivo al Consumo, establece que mediante Decreto Supremo se lleva a cabo la fijación de tasa y/o montos fijos del impuesto.

Defendiendo la constitucionalidad y legalidad del artículo 61 y del Decreto Supremo n.º 093-2005-EF, el Ministerio incluso señala que aspectos eminentemente técnicos, como son los temas tributarios, requieren una rápida regulación del Poder Ejecutivo, evitando con la redacción del artículo 61, prácticas elusivas, por ello es necesaria cierta flexibilización en la forma y un período menor de tramitación para la aprobación del cambio normativo tributario.

Para el Primer Juzgado Civil de Tacna, sí existió una violación al principio de legalidad tributaria consagrado en el artículo 74 de la Constitución, ello en vista de que el artículo 61 de la Ley del Impuesto General a las Ventas y del Impuesto Selectivo al Consumo, representa un exceso al dejar abierta la posibilidad de que el Ejecutivo modifique las tasas y/o montos fijos, así como los Apéndices II y/o IV. Para la segunda instancia judicial, la demanda fue considerada improcedente y debían cuestionarse los actos previos en la vía administrativa, y por ello se declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa.

Mediante la interposición de la presente demanda la recurrente pretende la inaplicación del Decreto Supremo n.º 093-2005-EF y que se

anulen los actos concretos de aplicación de dicha norma. Alega que el referido Decreto Supremo vulnera el principio de reserva de ley reconocido en el artículo 74 de la Constitución.

Al resolver el caso, el Tribunal Constitucional ha tomado en cuenta que el Decreto Supremo n.º 093-2005-EF es una norma autoaplicativa, ya que al establecer una tasa de 30% a los productos que se derivan de la actividad económica del demandante, la existencia de la norma incide directamente en la esfera subjetiva del actor. Si bien el Decreto Supremo fue publicado el 20 de julio de 2005 y la demanda se presentó el 16 de diciembre del año 2005, al ser un supuesto de amparo contra norma autoaplicativa, se está tomando en cuenta que se trata de una norma tributaria, la cual genera la obligación del pago del tributo ISC, por estas razones el efecto de la norma no se agota con su entrada en vigencia, sino que sus efectos se prolongan de manera continua en el tiempo hasta la derogación o declaración de invalidez.

Por ser una norma que se proyecta en el tiempo, la afectación ocasionada es de carácter continuado y, por ello, no se aplica el plazo de prescripción establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional.

El problema de fondo analizado por el Tribunal Constitucional, es si el Decreto Supremo es una regulación *infra* legal, es decir, si ha vulnerado el principio de reserva de ley al haber modificado las reglas del tributo ISC.

El Tribunal Constitucional ha resuelto casos similares sobre el principio de reserva de ley, como son los fallos emitidos en los expedientes n.º 1311-2000-AA/TC, n.º 1746-2003-AA/TC, n.º 2762-2002-AA, n.º 1551-2005-AA/TC, n.º 7365-2005-PA/TC, n.º 5558-2006-AA/TC y n.º 0606-2008-PA/TC.

Para el Tribunal Constitucional, la potestad tributaria, como facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios, tiene límites, con lo cual el ejercicio de dicha potestad es constitucionalmente válido y no permite arbitrariedades que afecten los derechos fundamentales de las personas.

En el fundamento n.º 12 del fallo dictado en el expediente n.º STC 0042-2005-AI/TC, se señala que la reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que excepcionalmente algunos aspectos se pueden derivar al reglamento, con la salvedad de que se fijen parámetros claramente establecidos en la propia Ley de derivación o delegación; de esa forma se evita la arbitrariedad por normas en blanco a ser llenadas por el reglamento.

La regulación del hecho imponible en abstracto no puede ser delegada y comprende la alícuota, la descripción del hecho gravado, el sujeto acreedor y deudor del tributo, el momento del nacimiento de la obligación tributaria, y el lugar de su acaecimiento. Todos estos elementos han sido resaltados en los fallos de las causas n.º 2762-2002-AA/TC y n.º 3303-2003-AA/TC.

Cabe indicar que en el caso *British American Tobacco South America Limitada* tramitado en el expediente n.º 2762-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional estableció que el artículo 61 del TUO IGV e ISC excedió los límites en materia de reserva de ley previsto por la Constitución.

Por todos estos argumentos, el Tribunal Constitucional pudo concluir que el artículo 2 del Decreto Supremo n.º 093-2005-EF, dispuso la creación de un nuevo hecho generador, ya que incorporó un producto que no estaba previsto inicialmente en la Ley del Impuesto Selectivo al Consumo, lo que representa una modificación de un elemento esencial, lo que no puede efectuarse vía norma reglamentaria, ya que vulnera el

principio de reserva de ley y, por consiguiente, el derecho fundamental a la propiedad.

La defensa que hace el Tribunal Constitucional respecto a los alcances de la potestad tributaria, el principio de reserva de ley, y el principio de no confiscatoriedad, podría ser realizada por el propio Tribunal Fiscal, pero en muchas ocasiones dicho colegiado ha eludido criticar o cuestionar la validez de las normas reglamentarias dictadas por el propio Ministerio de Economía y Finanzas; adicional a ese problema, algunos contribuyentes consideran que es necesaria una protección inmediata a sus derechos como contribuyente, y ello no se logra si recurren ante el Tribunal Fiscal, por ello optan por los supuestos de excepción del agotamiento de la vía administrativa cuando tramitan sus procesos de amparo.

Expediente n.º 01046-2011-PA/TC
(antecedente expediente n.º 03868-2007-PA/TC)

La empresa Eximport Distribuidores del Perú S.A. (EDIPESA) recurrió mediante proceso de amparo ante la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, a fin de ejecutar la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente n.º 03868-2007-PA/TC. El fallo el 19 de octubre del año 2011 declaró Fundado el recurso de apelación por salto; en consecuencia, Nula la resolución de fecha 17 de agosto de 2010 emitida por el Sexto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, y le ordenó a la SUNAT devolver a la demandante (apelante) los pagos efectuados en el Expediente Coactivo n.º 118-1998-000475 y acumulados, con los respectivos intereses.

Lo interesante del presente caso es que la misma empresa tuvo que actuar como demandante en otros procesos de amparo seguidos contra la SUNAT, los cuales son los expedientes n.º 00071-2002-AA/TC y n.º 03868-2007-PA/TC, en los cuales se declararon fundadas las demandas de amparo presentadas, las cuales versan sobre el cobro coactivo

efectuado por la Intendencia Marítima del Callao n.º 1 respecto de una deuda tributaria aduanera.

El proceso de amparo tuvo por finalidad retrotraer los efectos de la cobranza coactiva efectuada y que al contribuyente se le devuelvan las sumas de S/. 5,192.00 y US\$ 171,115.97, más los respectivos intereses. La sentencia que se emitió en el proceso n.º 00071-2002-AA/TC, al declarar fundada la demanda de amparo, ordenó la inaplicación de la Resolución de Ejecución Coactiva de la Intendencia Marítima del Callao n.º 1 del 3 de febrero de 1999, la Resolución de la Superintendencia Nacional de Aduanas n.º 001577 del 1 de diciembre de 1992, y demás resoluciones y/o actos administrativos vinculados con las citadas resoluciones. Se le ordenó a la Superintendencia Nacional de Aduanas, no imponer cobros de tributos en aplicación de la Resolución de la Superintendencia Nacional de Aduanas n.º 001577.

En el proceso n.º 03868-2007-PA/TC se solicitó y se obtuvo que se declarasen inaplicables la Resolución n.º 10 del 27 de julio de 2004 y la Resolución de la Superintendencia Nacional de Aduanas n.º 001577, y nulas todas las resoluciones coactivas emitidas al amparo de la resolución mencionada, las cuales guardan relación, principalmente, con el Expediente Coactivo n.º 118-1998-000475.

El nuevo proceso de amparo seguido en la causa n.º 01046-2011-PA/TC ha tenido por finalidad obtener que al contribuyente se le devuelva el cobro ilegal, no sólo de los tributos sino de los intereses. La demanda se ampara en los propios considerandos del fallo dictado en el expediente n.º 03868-2007-PA/TC.

Un punto particular de este caso es que el contribuyente no optó por el procedimiento administrativo no contencioso de solicitud de devolución de tributos pagados indebidamente, y más bien, ha preferido optar por el proceso de amparo, las razones pueden ser por la celeridad de la acción de garantía, pero sobre todo, por el riesgo de interpretar

erróneamente los alcances del fallo dictado en el expediente n.º 03868-2007-PA/TC y no ordenar la devolución de lo cobrado coactivamente.

Lo bueno de este fallo dictado, es que el Tribunal Constitucional ha establecido que los contribuyentes tienen derecho a solicitar la devolución de los tributos pagados como resultado de acciones de cobranza coactiva ilegales, y que ello puede defender en un proceso de amparo y no recurrir al Tribunal Fiscal, de esta forma se garantiza la celeridad de la decisión, ya que las cobranzas coactivas ilegales afectan el patrimonio de los contribuyentes.

6. MATERIALIZACIÓN DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA DE ARBITRAJE TRIBUTARIO

Luego de lo explicado, observamos que para muchos contribuyentes existen dudas en la actuación del Tribunal Fiscal, sea por la demora en los plazos de tramitación, o sea por los fallos que pueda emitir sin cuestionar las normas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Atendiendo a estos reparos, una alternativa es la aprobación legislativa del arbitraje tributario, opción que permitiría hacer frente a las demoras propias de la tramitación de la vía administrativa y de las instancias judiciales en los procesos contencioso-administrativos. Como ya dijimos, optar por la figura del arbitraje tributario que reemplace al Tribunal Fiscal sería una opción muy difícil de lograr instaurar en el Perú, ya que se plantearían los argumentos del derecho de la Administración Pública a declarar los actos administrativos y corregir sus propias decisiones, a lo cual se sumaría el rol del Tribunal de generar fuente de derecho mediante la jurisprudencia administrativa.

Si bien creemos que esta figura es posible, en el presente artículo proponemos el arbitraje tributario como reemplazo de los procesos contencioso-administrativos.

Creemos que existe un importante universo de contribuyentes que requiere de la figura del arbitraje tributario en reemplazo de los procesos contencioso-administrativos. Actualmente, tienen derecho a dicha jurisdicción alternativa los inversionistas extranjeros que celebran contratos de estabilidad jurídica, tributaria y pactan cláusulas de solución de controversias.

Asimismo, hoy en día existe un determinado universo de contribuyentes que puede acceder a la justicia arbitral en materia tributaria, y ello se ampara en lo establecido por el Decreto Legislativo n.º 662, Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras, y el Decreto Legislativo n.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.⁴

Al amparo de los referidos Decretos Legislativos, las empresas extranjeras pueden acudir a tribunales arbitrales a fin de solucionar distintos tipos de controversias, entre los cuales tenemos por ejemplo:

- Incumplimiento del principio de legalidad en materia tributaria.
- Vulneración a la estabilidad jurídica en materia tributaria.
- Confiscatoriedad de tributos.
- Excesos respecto del ejercicio de la potestad tributaria.

La idea del presente artículo es demostrar que todos los contribuyentes que pagamos tributos en el Perú, debemos tener derecho a poder acceder a la justicia arbitral en materia tributaria, y que ello no sólo sea un mecanismo empleado por los inversionistas extranjeros.

⁴ Cabe señalar que estas dos normas emitidas en los años noventa, han sido muy importantes para el crecimiento económico del país, ya que han posibilitado que el Perú reciba fuertes inversiones destinadas a los sectores de la minería, telecomunicaciones, electricidad, banca y finanzas y, en general, a la infraestructura de servicios públicos.

No creemos que la posibilidad de la justicia arbitral en materia tributaria sea sólo un privilegio de los inversionistas extranjeros, por ello creemos que mediante una ley aprobada por el Congreso de la República se podría plantear la opción del arbitraje tributario como reemplazo de los procesos contencioso-administrativos, respecto de deudas administradas por la SUNAT.

A continuación brindamos algunos ejemplos de los deudores tributarios que podrían inclinarse por solucionar sus diferencias a través de un arbitraje tributario:

- Empresas exportadoras que tienen problemas tributarios y aduaneros, en especial, por la no devolución o no compensación de impuestos, entre otros problemas que los afecten financieramente.
- Empresas de los sectores minería y pesquería respecto de impuestos del gobierno nacional.
- Empresas de servicios públicos con inversiones en infraestructura pública, respecto de deudas tributarias, respecto de impuestos del gobierno nacional.
- Principales contribuyentes nacionales y contribuyentes de Lima de tercera categoría, respecto de deudas tributarias e impuestos del gobierno nacional.
- Empresas del sistema financiero y que cotizan en el mercado bursátil, respecto de impuestos del gobierno nacional.

La razón de esta propuesta, es otorgar a todos los contribuyentes la posibilidad de recurrir al arbitraje, si bien señalamos algunos ejemplos de un universo de contribuyentes nacionales, se debe a que los costos del proceso de arbitraje en el país aún son altos y, con mayor razón, en un tema tan especializado como el arbitraje.

Si se presentara el caso de que un contribuyente quisiese optar por el arbitraje, no debería estar limitado si se estableciese que la parte que pierde pague los costos del proceso. Si un contribuyente considera que tiene la razón y decide demandar en la vía arbitral a la SUNAT y al Tribunal Fiscal representado por el MEF, supondría que estas entidades estatales asumirían el pago de los costos arbitrales. En tal sentido, los funcionarios públicos podrían tener como incentivo el optar por litigar o allanarse a la demanda, en caso de que no se plantee la figura de la transacción tributaria como una nueva forma de solución de las controversias.

Por lo expuesto, creemos que la aprobación de una norma que permita el arbitraje tributario sería dar un primer paso en la materialización de un derecho del contribuyente que luego podría extenderse a otras Administraciones Tributarias diferentes a la SUNAT.

EL CONTROL DIFUSO EN EL ARBITRAJE

Óscar Urviola Hani

EL CONTROL DIFUSO EN EL ARBITRAJE

*Óscar Urviola Hani**

Sumario: 1. Presentación.— 2. La ampliación del control difuso en la Constitución.— 3. El control difuso en el arbitraje.— 4. Condiciones para el control difuso arbitral.— 5. A modo de conclusión.

1. PRESENTACIÓN

El objeto de este artículo es proporcionar al lector interesado una visión amplia sobre el *control difuso* (denominado también control concreto de las leyes, por oposición al control abstracto de constitucionalidad de las leyes que se realiza en el marco del proceso de inconstitucionalidad), con ciertas precisiones, no obstante, sobre la inaplicación de las leyes en la jurisdicción arbitral. Desde que el Tribunal Constitucional ha reconocido esta facultad es necesario desarrollar las reglas que deben seguir los árbitros cuando tengan que inaplicar una ley, por inconstitucional, a un caso concreto. En este trabajo se identifican y desarrollan brevemente las mismas.

2. LA AMPLIACIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN LA CONSTITUCIÓN

El control difuso de constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber de los jueces a los que el artículo 138 de la Constitución

* Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de constitucionalidad de las normas del Estado.

Tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si las leyes, aplicadas a los casos concretos, son conformes con los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra.

Este deber, como es evidente, implica una labor que no sólo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200, inciso 4 de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138).

El deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, según ha señalado el Tribunal Constitucional, a la administración pública. Ésta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución.

De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos viene determinada, tanto por el respeto a la ley como también por su vinculación a la Constitución. Según el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General: «[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)».

El reconocimiento de la facultad de los tribunales administrativos para realizar el control difuso constituye una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha visto complementada ahora con la posibilidad de que dicho control también pueda ser realizada por la jurisdicción arbitral.

El Tribunal ha optado, así, por una interpretación amplia del artículo 138 de la Constitución de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando también lo dispuesto en el artículo 38 y en el artículo 51 de la misma.

El control difuso de constitucionalidad de las normas legales es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquélla resulta manifestamente incompatible con la Constitución.

El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado Democrático y Social de Derecho; ella es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable.

3. EL CONTROL DIFUSO EN EL ARBITRAJE

Como bien se sabe, el artículo 139, inciso 1 de la Constitución reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

Es decir, parte de una premisa según la cual la potestad de administrar justicia la ejerce única y exclusivamente el Poder Judicial. Sin embargo, dicho artículo prevé a continuación que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la jurisdicción militar y la jurisdicción arbitral.

A tenor, pues, del artículo 139, inciso 1 de la Constitución, el arbitraje en el Perú goza de un reconocimiento constitucional expreso.

Tal reconocimiento ha generado en el derecho peruano no sólo un debate académico y jurisprudencial en cuanto a la naturaleza misma del arbitraje, sino también sobre su posible control constitucional. Pero uno de los temas que debe concitar el mayor interés es el de la posibilidad de que los árbitros puedan realizar «el control difuso».

En una reciente sentencia (*Caso Sociedad Minera María Julia*, STC n.º 00142-2011-PA/TC), el Tribunal Constitucional ha puesto nuevamente en el foro jurídico la discusión sobre la intervención del Tribunal Constitucional en el control del arbitraje. El Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje, su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible, con independencia jurisdiccional y, por ende, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.

En los términos del artículo 139, inciso 1 de la Constitución, el arbitraje es una jurisdicción independiente del Poder Judicial o jurisdicción común, que se explica no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial o de libre disposición.

Ello no afecta el principio de unidad de la función jurisdiccional (que implica que el Estado, en conjunto, posea un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tengan idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento), ya que, como ha señalado el Tribunal, de ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues, tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de

Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional.

Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución.

Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial) considero que la consecuencia necesaria de ello es que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional.

Por el contrario, dicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51, más aún si ella misma (artículo 38) impone a todos —y no sólo al Poder Judicial— el deber de respetarla, cumplirla y defenderla.

Ello resulta más evidente aun si se tiene en cuenta que el proceso arbitral tiene una doble dimensión, pues, aunque es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución.

Ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y en la jurisprudencia. En ese sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera.

Sin embargo, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto de modulación con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional.

4. CONDICIONES PARA EL CONTROL DIFUSO ARBITRAL

El Tribunal Constitucional en líneas generales ha dispuesto que «[e]l control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes».

Esta precisión es importante porque prevé las reglas que los árbitros deben observar si están frente a un caso en el cual existe la necesidad de realizar un control concreto de constitucionalidad. Como se verá a continuación, las reglas que deben observarse en el proceso arbitral, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, son los siguientes.

a) Verificación de una norma autoaplicativa o de un acto de aplicación de una norma considerada inconstitucional

Debe verificarse, en primer término, si en el caso se aplica o amenaza aplicar una norma autoaplicativa, es decir, aquella cuyos efectos, una vez que ha entrado en vigencia, se despliega de manera inmediata e incondicionada, o de ser el caso verificarse si en el acto o norma infraregal se ha aplicado la norma legal que se acusa de inconstitucional.

b) Relevancia del control difuso arbitral para la solución del caso

El control de constitucionalidad sólo podrá realizarse, siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia arbitral. Los árbitros declararán su inaplicación, cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito sólo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no sólo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se establece como un límite a su ejercicio, puesto que está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes.

c) Identificación de un perjuicio concreto y directo

La realización del control difuso arbitral debe estar vinculada con la identificación de que la aplicación de la ley haya causado o pueda causar un agravio directo, pues de otro modo se estaría resolviendo, en el arbitraje, un caso abstracto, hipotético o ficticio.

A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el marco de un proceso arbitral, es preciso que la aplicación de la ley (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho que esté relacionado con este proceso.

d) Verificación jurisprudencial sobre la constitucionalidad de la ley objeto de control

El control difuso arbitral no puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional en un proceso de control abstracto de constitucionalidad. Este límite evidencia que, si bien el Tribunal no tiene el monopolio

del control de constitucionalidad concreto; sin embargo, es a él, finalmente, al que se le ha confiado garantizar la supremacía de la Constitución.

Precisamente, el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prevé que: «Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular», y también que la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que: «Los Jueces y Tribunales [también los árbitros] interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad».

e) Identificación de la disposición y la norma e interpretación conforme con la Constitución

Dadas las consecuencias que el ejercicio del control arbitral puede tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad (abstracto o concreto) debe considerarse como la última *ratio* a la que se debe apelar, habida cuenta que sólo se inaplica una ley cuando por vía interpretativa no sea posible su adecuación al ordenamiento constitucional.

La necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera impone que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también como un límite al ejercicio mismo del control difuso, buscando, hasta donde sea razonablemente posible, una interpretación de la ley que esté en armonía con la Constitución.

f) Verificación de la evidentemente incompatibilidad de la ley con la Constitución y su inaplicación al caso concreto

Luego de aplicados los criterios anteriores debe verificarse ahora si la norma legal objeto de control difuso es incompatible con la Constitución, y si es así, disponerse su inaplicación al caso concreto. En tal verificación resultará de particular importancia identificar aquel contenido constitucionalmente protegido, así como la incompatibilidad de la norma legal respecto del mencionado contenido constitucional.

En suma, podría decirse que sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, (1) siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y (2) se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La posición del Tribunal Constitucional sobre el control difuso en sede arbitral es flexible y también coherente, por cuanto si dicha facultad ya había sido reconocida a los tribunales administrativos, con mayor razón debe serlo al arbitraje, en tanto jurisdicción reconocida expresamente por la misma Constitución.

Pero, el reconocimiento del control difuso arbitral exige también resaltar que los tribunales arbitrales deben ejercer esta facultad con especial prudencia, a fin de no desnaturalizar el fundamento del arbitraje (el convenio arbitral).

Así como una excesiva judicialización del arbitraje puede llevar a desconocer su carácter célere y alternativo de solución de conflictos sustentado esencialmente en la autonomía de la voluntad, una desvincula-

ción absoluta de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales no es posible en el actual Estado constitucional democrático.

Con todo, los árbitros no deben perder de vista que, en cierta forma y sentido, son también «jueces constitucionales», toda vez que no es posible que realicen su labor al margen de la Constitución.

Lima, junio del 2012

ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
DICIEMBRE DEL 2012, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ