

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA**  
DEL PERÚ

# CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional

AUTOR: EDER JUÁREZ JURADO

ASESOR: DR. JOSÉ OMAR CAIRO ROLDÁN

JURADO:

DR. GIOVANNI FRANCEZCO PRIORI POSADA (PRESIDENTE)

DR. JOSÉ OMAR CAIRO ROLDÁN (SEGUNDO MIEMBRO)

DR. LUIS ALBERTO HUERTA GUERRERO (TERCER MIEMBRO)

Lima – 2015



*A mis siempre amados padres: Leopoldo y Dionicia.*

*A ellos también les pertenece la autoría de toda obra*

*buena mía. A ellos les debo todo.*

*A mis tres amores: Mary, Marita y Pamela.*

*Ellas son las hermosas tinturas que*

*a mi vida tiñen de felicidad.*



## RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación tiene por objetivos siguientes: **a)** Exponer los fundamentos *jus*-sociológico, *ius*-filosófico y *ius*-formal del arbitraje y su relación con la jurisdicción como mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos en la sociedad; **b)** Y, a partir de ella, exponer el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje en nuestra historia constitucional y particularmente en la Constitución de 1993, así como la posición adoptada por el Tribunal Constitucional al respecto, y exponer nuestra posición respecto de los mismos conforme a los fundamentos y naturaleza jurídica del arbitraje, así como exponer y fundamentar las propuestas para una debida constitucionalización del arbitraje en el Perú; y, **c)** Exponer los fundamentos del control constitucional del arbitraje en el Estado Constitucional de Derecho; y, a partir de ello, determinar que tal control al ser básicamente jurisdiccional no resulta ser una función exclusiva de la justicia constitucional (Tribunal Constitucional y órganos especializados en lo constitucional del Poder Judicial) a través de los procesos constitucionales de la libertad (y del proceso de amparo en particular), sino que más bien, el control constitucional del arbitraje constituye una función que ordinariamente corresponde ser cumplida por los jueces ordinarios (Poder Judicial) a través de la vía procesal específica e igualmente satisfactoria que el amparo y que constituye el proceso (o recurso) de anulación de laudo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071 (que norma el arbitraje); y, más bien, sólo excepcionalmente tal control corresponde ser realizado a través del proceso de amparo como vía extraordinaria y urgente.

## ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	3
INTRODUCCIÓN	10

### CAPÍTULO I

#### EL ARBITRAJE:

#### ENTRE LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA PRIVADA

1.1. NOCIÓN DE ARBITRAJE	12
1.2. FUNDAMENTOS DEL ARBITRAJE	17
1.2.1. Fundamento <i>ius</i> -sociológico del Arbitraje	18
1.2.1.1. Sociedad, conflicto y mecanismos de solución	18
1.2.1.2. La autodefensa o defensa privada	19
1.2.1.3. La autocomposición	21
1.2.1.4. La heterocomposición: Arbitraje y Jurisdicción	22
1.2.2. Fundamento <i>ius</i> -filosófico del Arbitraje	32
1.2.2.1. La Libertad como causa-fuente del arbitraje	32
1.2.2.2. La Justicia como causa-fin del arbitraje	40
1.2.3. Fundamento <i>ius</i> -formal del Arbitraje	48
1.2.3.1. El convenio arbitral como manifestación jurídica de la libertad	49
1.2.3.2. La autonomía del arbitraje y la independencia e imparcialidad de los árbitros como garantías de una debida justicia arbitral	58
1.2.3.3. La disponibilidad de los derechos o el conflicto como materia arbitrable	67
1.2.3.4. El procedimiento como el instrumento jurídico de realización del arbitraje	71
1.2.3.5. El laudo arbitral como plasmación de la justicia arbitral	75

1.2.3.6. La ejecutabilidad y ejecución del laudo como garantía de la efectividad de la justicia arbitral	82
1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE: TEORÍAS	89
1.3.1. Teoría privatista o contractualista	90
1.3.2. Teoría publicista o jurisdiccionalista	93
1.3.3. Teoría mixta o ecléctica	97
1.3.4. Teoría negocial - procesal	99
1.3.5. Teoría autónoma	101
1.3.6. Nuestra posición acerca de la discusión	103
1.4. CLASES DE ARBITRAJE	114
1.4.1. Arbitraje institucional y Arbitraje <i>ad hoc</i>	114
1.4.2. Arbitraje de derecho y Arbitraje de conciencia o de equidad	116
1.4.3. Arbitraje nacional y Arbitraje internacional	119
1.4.4. Arbitraje “voluntario” y Arbitraje en la contratación pública o “forzoso”	120
1.4.5. Arbitraje comercial, Arbitraje de inversión y Arbitraje popular	121
1.5. BONDADES Y LIMITACIONES DEL ARBITRAJE	124

## CAPÍTULO II

### LA JURISDICCIÓN:

#### ENTRE EL *IUS IMPERIUM* Y LA UNIDAD DE LA JUSTICIA PÚBLICA

2.1. ESTADO, SOBERANÍA Y SEPARACIÓN DE FUNCIONES	129
2.1.1. El Poder, Soberanía o <i>Ius Imperium</i> como la esencia del Estado	130
2.1.2. La soberanía popular como la fuente del poder estatal	134
2.1.3. La separación de poderes en el Estado de Derecho	138
2.1.4. El control entre los poderes del Estado: <i>checks and balances</i>	144
2.1.5. La unidad del poder estatal	146
2.2. LA JURISDICCIÓN O FUNCIÓN JURISDICCIONAL:	



FUNDAMENTOS	148
2.2.1. La función jurisdiccional como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos	148
2.2.2. La función jurisdiccional como poder y deber	157
2.2.3. La función jurisdiccional como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado	166
2.2.4. La función jurisdiccional como instrumento para el logro de <i>la paz social en justicia</i>	169
2.3. CONCEPTO DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL	172
2.4. ELEMENTOS Y PODERES DE LA JURISDICCIÓN	175
2.5. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL	177
2.5.1. Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional como principio rector del diseño constitucional de justicia	180
2.5.2. Independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales como garantía de los jueces y de los justiciables	190
2.5.3. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso como derechos fundamentales en la función jurisdiccional	196
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE:</b>	
<b>LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE</b>	
3.1. JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE: INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE	223
3.2. FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE	245
3.2.1. Intervención colaboradora, subsidiaria o asistencial	245
3.2.2. Intervención complementaria	250



3.2.2.1. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de tutela cautelar y tutela de urgencia	253
3.2.2.2. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de ejecución cautelar	260
3.2.2.3. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de ejecución del laudo arbitral	264
3.2.2.4. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de reconocimiento y ejecución judicial del laudo dictado en el extranjero	269
3.2.3. Intervención contralora (control jurisdiccional del arbitraje)	274
3.3. FUNDAMENTOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE	277
3.4. LÍMITES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE	287
3.5. FORMAS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE: CONTROL DE LEGALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (O SIMPLEMENTE CONTROL CONSTITUCIONAL)	304

CAPÍTULO IV  
ESTADO CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE:  
CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL  
DEL ARBITRAJE

4.1. FORMACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: DEL ESTADO LEGAL DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	325
4.2. CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	328
4.2.1. Separación y control de poderes	329
4.2.2. Carácter normativo y vinculante de la Constitución y su	

supremacía sobre la ley y sobre todo el ordenamiento jurídico	330
4.2.3. Fuerza normativa de la Constitución y su obediencia por la totalidad de los poderes públicos y de los particulares	334
4.2.4. Rigidez constitucional	
4.2.5. Control de constitucionalidad de las leyes y de todo el ordenamiento jurídico	346
4.2.6. Establecimiento de una jurisdicción constitucional	347
4.3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	356
4.4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE, Y EN NUESTRO PAÍS EN PARTICULAR	356
4.4.1. La constitucionalización del arbitraje en la Historia Constitucional del Perú	362
4.4.2. El arbitraje en los Diarios de Debates de las Constituciones de 1979 y 1993	362
4.4.2.1. Debate de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978	366
4.4.2.2. Debate del Pleno de la Asamblea Constituyente de 1978	369
4.4.2.3. Debate de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático de 1992	371
4.4.2.4. Debate del Pleno del Congreso Constituyente Democrático de 1992	375
4.4.3. La constitucionalización del arbitraje en la Constitución de 1993: Análisis y crítica	366
4.4.4. Propuestas para una debida constitucionalización del arbitraje en el Perú	380
4.4.4.1. Constitucionalización de la dimensión “libertad”	380
4.4.4.2. Constitucionalización de la dimensión “justicia”	368
4.4.4.3. Constitucionalización de la dimensión	369





“procedimiento”	386
4.5. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	389
4.5.1. Sistemas de control constitucional	392
4.5.1.1. El sistema de control político	392
4.5.1.2. El sistema de control jurisdiccional	393
a) El sistema de control difuso (modelo americano)	393
b) El sistema de control concentrado (modelo europeo)	397
4.5.1.3. El control constitucional de las leyes y también de los actos públicos y privados	399
4.6. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL PERÚ: SISTEMA DUAL, PARALELO, COMPLEJO E IMPERFECTO	405
4.7. PROPUESTAS PARA LA UNIFICACIÓN DE NUESTRO SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	412
4.8. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	419
4.8.1. Delimitación conceptual, fundamentos y mecanismos del control constitucional del arbitraje	419
4.8.2. Características y límites del control constitucional del arbitraje	428
CONCLUSIONES	442
RECOMENDACIONES	451
BIBLIOGRAFÍA	452

## INTRODUCCIÓN

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

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

Esta fascinación perdura y se acrecienta hoy por hoy dado que el arbitraje ha devenido en una institución necesaria e imprescindible en la justa, célere y por ende eficaz composición de litigios no solo en asuntos de naturaleza comercial o de inversión sino en general de conflictos de derechos de libre disposición como alternativa a la composición oficial de litigios que ejerce el Estado a través –sobre todo- del Poder Judicial, caracterizado este último contrariamente por su lentitud, ineficacia y otros males endémicos que la sociedad le atribuye.

Empero, el estudio del arbitraje hechiza no solo por las bondades que en él encontramos, sino también por las interminables discusiones que viene generando tanto en la doctrina comparada como en el derecho patrio, tales como respecto de la determinación de su naturaleza jurídica, lo cual en puridad no constituye una mera curiosidad académica sino que resulta relevante en términos prácticos, porque es a partir de su debida determinación que a su vez se configura el debido reconocimiento

---

<sup>1</sup> OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Legis Editores S.A. Bogotá-Colombia, 2006, pág. 17.

constitucional (constitucionalización) tanto a través de la Historia Constitucional del Perú como en la actual Constitución.

Tal propósito de determinación de la debida constitucionalización del arbitraje pasa a su vez por delimitar los fundamentos del arbitraje, para lo cual hemos recurrido a una configuración tridimensional del arbitraje, lo cual nos va a dar una noción integral de este mecanismo heterocompositivo de resolución conflictos alternativo a la jurisdicción.

Asimismo, el objeto del presente trabajo de investigación girará en torno al control constitucional que la jurisdicción está llamada a ejercer sobre el arbitraje, para lo cual recurriremos a hurgar los fundamentos de dicho control el cual se halla en el Estado Constitucional de Derecho. Analizaremos a su vez todo lo relativo a dicho control y propondremos a su vez una nueva clasificación del mecanismo de control jurisdiccional del arbitraje: el control de legalidad y el control de constitucionalidad, diferenciándonos de la clasificación tradicional de control judicial y control constitucional.

El presente trabajo abarcará precisamente respecto a estos temas, con el intento de arribar a unas recomendaciones (reformas) al legislador para la mejora en el reconocimiento del arbitraje en nuestra actual Constitución Política, así como el asentamiento de las bases doctrinarias conducentes al entendimiento del problema del control constitucional del arbitraje en el Estado Constitucional.

## CAPÍTULO I

### EL ARBITRAJE:

### ENTRE LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA PRIVADA

#### 1.1. NOCIÓN DE ARBITRAJE

La justicia es un bien jurídico y uno de los presupuestos imprescindibles para el logro del *bienestar general* a la que toda sociedad aspira y que el Estado Social y Democrático de Derecho tiene el deber de brindar las condiciones necesarias a fin alcanzarla a partir de la consideración de que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la Sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución)<sup>2</sup>.

---

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

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

*“Son deberes primordiales del Estado: Defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia<sup>3</sup> y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...).”*

Asimismo, el artículo 25 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 declara que: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*.

Como bien señala Baldo KRESALJA ROSELLÓ constituye deber del Estado “que se pone de manifiesto, tal como lo señala el artículo 3 de la Constitución Italiana de 1947, en remover los obstáculos de orden económico y social que limitan el hecho de la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidiendo el pleno desarrollo de la persona humana, obstáculos socialmente no deseados”<sup>4</sup>.

En este propósito, la Constitución y el ordenamiento procesal correspondiente tienen instituidos una serie de mecanismos y garantías para el logro de dicho fin, encargándole tal tarea casi sobre humana a los jueces quienes, premunidos de autonomía e independencia en la función jurisdiccional, imparten justicia declarando el derecho al caso concreto y también mandando a ejecutar lo declarado; todo ello

---

<sup>3</sup> El subrayado que aquí y en adelante se haga de una disposición normativa, es siempre nuestro y no del texto legal.

<sup>4</sup> KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. Palestra Editores, Lima, 2008, pág. 38.

conforme a los principios, valores y normas establecidos en la Norma Suprema que es la Constitución.

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

Nuestra Constitución, al igual que todas las constituciones de nuestra historia republicana, consagra como una de sus normas directrices el principio de soberanía popular, estableciendo en el artículo 138° que: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerarquizados con arreglo a la Constitución y a las leyes (....)*”.

El artículo 139° consagra a su vez el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, en virtud del cual: “*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...)*”. Asimismo, el artículo 149° dispone que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, “pueden” ejercer las

---

<sup>5</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 149.

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

Como bien afirma Marcial RUBIO CORREA, el hecho que la potestad de administrar justicia emane del pueblo, quiere mostrar que la actividad que desarrollan los jueces tiene raigambre democrática, como todo el poder que se ejerce dentro del Estado (recordemos que el artículo 45° comienza también estableciendo que: “*El poder del Estado emana del pueblo*”)<sup>6</sup>. En este sentido, es en el Estado democrático y social de Derecho en la que la persona humana puede hallar el escenario adecuado y pleno para el desarrollo y protección de sus derechos y de su dignidad como ser humano, así como el logro del bienestar en general a través de la justicia.

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

Empero, como quiera que también resulta materialmente imposible que el Estado pueda asumir jurisdicción sobre todo conflicto intersubjetivo que se presente en la sociedad y en rechazo de toda forma de totalitarismo, dentro de los postulados de la soberanía popular, esa potestad o *ius imperium* único y exclusivo del Estado para resolver conflictos intersubjetivos, es a su vez de manera excepcional autorizado o reconocido a otras instituciones que constituyen también mecanismos alternativos

---

<sup>6</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo V. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pág. 24.

de resolución de conflictos y que se encuentran ubicadas fuera del sistema oficial de impartición de justicia. Dentro de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos se encuentra precisamente el Arbitraje.

Así, el arbitraje constituye un mecanismo de impartición de justicia optativo, alternativo y complementario a la función jurisdiccional que despliegan los órganos jurisdiccionales. Ambas funciones (la arbitral y la jurisdiccional) constituyen mecanismos en las que básicamente son terceras personas (el Juez y el árbitro) quienes premunidos de poder o autoridad, tienen la facultad-deber de decidir respecto de los derechos e intereses ajenos a los suyos. Por ello la función que cumplen tanto los jueces como los árbitros es sumamente delicada y requiere de total entereza racional y moral, sano juicio y sana crítica, para precisamente –en principio– decir el derecho de otros, de dar a uno u otro lo que por justicia le es debido.

Sin embargo, como veremos más adelante, en tanto a que el poder de los jueces emana de la llamada soberanía popular, plasmados en la Constitución y las leyes; el poder de los árbitros emana en cambio de la voluntad de los particulares protagonistas del conflicto que los vincula, quienes ejercen tal derecho consustancial a su propia naturaleza humana (es decir, la de un ser racional y libre), de someter libremente el conflicto (susceptible de disposición) y la decisión correspondiente a terceras personas que sin ser jueces ni formar parte del aparato estatal de administración de justicia, tienen sin embargo la misma función de impartir justicia entre sus requirentes incluso ya sea a través del derecho (arbitraje de derecho) o ya sea a través de la equidad o su sano juicio (arbitraje de conciencia o de equidad).

Así, a modo de una mayor aproximación a la institución sub-materia de estudio, podemos afirmar con el tratadista español José María ROCA MARTÍNEZ ensaya también una definición de nuestro instituto afirmando que: “El arbitraje se configura como un medio voluntario de heterocomposición dispositiva de conflictos



intersubjetivos, alternativo y condicionalmente excluyente del proceso judicial, que proporciona una decisión definitiva, irrevocable y ejecutiva”<sup>7</sup>.

Y, en palabras de Faustino CORDÓN MORENO, se puede decir que: “El arbitraje es una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos privados fundada en la voluntad de las partes, que deciden eludir la intervención jurisdiccional y confiar la decisión del conflicto a un tercero, no juez, cuya resolución, que puede ser de derecho o de equidad, aceptan previamente; y su conformidad con la Constitución ha sido resaltado tanto por el Tribunal Constitucional (...) como por el Supremo Tribunal (...)”<sup>8</sup>.

En suma, como noción preliminar, se puede decir que el arbitraje constituye una institución al servicio de la justicia en la sociedad en virtud del cual el árbitro o árbitros (constituidos en tribunal arbitral) tienen el poder de conocer y dirimir (ya sea en base a derecho o en equidad) un conflicto intersubjetivo en forma definitiva (cuyo objeto verse sobre derechos e intereses que sean de libre disponibilidad) surgido entre dos o más partes, en virtud de la libre y voluntaria decisión de los sujetos contendientes de sustraer el conflicto del Estado y de someterlo a personas o instituciones ajenas a la función jurisdiccional quienes precisamente se denominan árbitros o tribunal arbitral.

## 1.2. FUNDAMENTOS DEL ARBITRAJE

La noción que se tenga de una institución jurídica siempre constituirá un conocimiento preliminar de la misma, más aún si es especial y compleja como el arbitraje. Tal conocimiento preliminar no conduce a una cabal comprensión de la institución capaz de conducir a sus cimientos, sus principios y fines, su *ratio essendi*;

<sup>7</sup> ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, págs. 23 a 32.

<sup>8</sup> CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Cuadernos Civitas, Thomson Reuters. Pamplona, España, 2010, pág. 15.

pues, para tales propósitos, debemos hurgar sus fundamentos mismos, lo cual será necesario para los propósitos de la presente investigación.

Un enfoque sociológico, filosófico y estrictamente jurídico nos conducirá a una captación cabal de la institución arbitral. Veamos.

### 1.2.1. Fundamento *ius*-sociológico del arbitraje:

Hurgar el fundamento *ius*-sociológico del arbitraje importa la búsqueda de sus cimientos ontológicos; es decir, de lo que el arbitraje es en la realidad concreta, sin importar del sistema jurídico de que se trate, ni el espacio-tiempo-histórico donde nos hallemos, ni el tipo de Estado en donde el arbitraje opere alternativamente. El enfoque *ius*-sociológico nos va a conducir a la obtención de un concepto base del arbitraje, necesario y útil para proseguir con la delimitación conceptual de la institución bajo estudio.

#### 1.2.1.1. Sociedad, conflicto y mecanismos de solución

El arbitraje dentro del origen y desarrollo de la sociedad se presenta como uno de los mecanismos naturales adoptados por el hombre para la resolución de sus conflictos de intereses en la vida de relación. ¿Cómo se explica ello?<sup>9</sup>

El ser humano desde su aparición sobre la faz de la Tierra, y más aún reunido ya en grupos, aldeas, tribus, etc., es decir, como ser gregario o social que es, en sus albores ha convivido (y conviva quizás por siempre) en permanente conflicto de intereses o *litis* con sus congéneres, ello debido a los escasos bienes que existen para

---

<sup>9</sup> Para esta parte de la exposición nos servirá un trabajo anterior de nuestra autoría intitulado “La triple dimensión conceptual de la función jurisdiccional”, publicado en la *Revista Jurídica del Perú – Normas Legales*, N° 140, Lima, Octubre, 2012.

la satisfacción de sus necesidades<sup>10</sup>; conflictos que, para la permanencia en sociedad y la existencia de la raza humana misma, tienen que ser resueltos necesariamente, para lo cual el hombre ha recurrido en la historia de su formación y civilización mecanismos de solución del conflicto, siendo estos básicamente la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición. Veamos:

#### 1.2.1.2. La autodefensa o defensa privada

En un primer momento histórico, frente al conflicto, aparece inicialmente por instinto de supervivencia del ser humano, una primera forma de natural (aunque no racional) de solucionar conflictos, que es la autodefensa, autotutela o defensa privada, la cual consiste básicamente en la “imposición coactiva de una solución por una de las partes litigantes sobre la otra. Este remedio supone el reconocimiento de que el uso de la fuerza de una de las partes –bien del individuo, bien de su grupo, clan, familia, etc.- se puede llegar a la solución del conflicto”<sup>11</sup>. Constituye –se ha dicho- una forma egoísta de resolver litigios, pues implica la imposición antes que la concertación, además de que la solución proviene de una parte del conflicto, por lo que no es imparcial.

<sup>10</sup> El concepto de *litis* fue acuñado y desarrollado por Francesco CARNELUTTI al definirla como “el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”. Sin embargo esta definición fue a su vez complementada por el procesalista español radicado en México, don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, para quien el conflicto debe ser jurídicamente trascendente, esto es, susceptible de solución mediante la aplicación del derecho. En este sentido, el concepto de litigio contiene dos elementos: uno subjetivo, constituido por las partes, una que pretende y otra que resiste, y otro objetivo, constituido por el bien jurídico sobre la que versa la pretensión y la resistencia. Dicho elemento (bien jurídico) debe estar constituido por un bien o interés de trascendencia o relevancia jurídica, esto es que su modificación, extinción o constitución vaya generar una consecuencia jurídica.

Ver más al respecto a Luis Octavio VADO GRAJALES en “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”. Versión electrónica en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf>>

<sup>11</sup> MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al Derecho Procesal*. Tercera Edición, Tirant lo Blanch editores, Valencia, España, 2008, pág. 37.

La autodefensa surge en las comunidades primitivas (periodo del salvajismo<sup>12</sup>), allí en donde aún no existían por encima de los individuos una autoridad superior con poder para decidir e imponer sus decisiones, razón por la que los hombres primitivos, ante la presencia de una *litis*, no tenían sino como único medio de solución que el apelar al empleo de su propia fuerza, es decir, al uso de la violencia material, y en tales circunstancias, muchas eran las veces en las que el más fuerte o el más astuto sometía al adversario más débil o cándido. Más, la permanencia de esta forma de solución de conflictos ponía en peligro la subsistencia del propio grupo humano por cuanto, dada la naturaleza gregaria del hombre, era lógico que desapareciera como mecanismo de solución de los litigios.

Sin embargo, cierto es que en la actualidad existen manifestaciones de autotutela reconocidos y permitidos por el ordenamiento jurídico, aunque de manera excepcional, tales como la *defensa posesoria* y la *legítima defensa*<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Denominación tomada de Federico ENGELS en “*El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*”, Edit. Claridad, Buenos Aires, s/f.

<sup>13</sup> La Constitución por ejemplo reconoce a la legítima defensa como un derecho fundamental en el artículo 2° inciso 20 literal 2 el cual no puede ser confundido con el derecho de defensa, por cuanto la legítima defensa constituye “*la respuesta o actuación que puede realizar cualquier ciudadano en caso de ser agredido de manera sorpresiva o irregular*” (STC N° 3802-2004-AA/TC, 25/01/2005, Fundamento Jurídico 3). Ver sentencia en:

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03802-2004-AA.html>>

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

Y, el Código Penal en el Artículo 20° tipifica que: *Está exento de responsabilidad penal: (...) 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa (...).*

### 1.2.1.3. La autocomposición

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

Constituye una forma más civilizada de resolución de conflictos mediante la cual ambas partes deciden poner fin al litigio planteado ya sea por mutuo acuerdo o por resignación o sacrificio de una de ellas. Así, la autocomposición difiere de la autotutela en que la decisión no se impone de forma coactiva por la parte más fuerte, sino que -como ha quedado dicho-, el conflicto se dirime a través del acuerdo de voluntades o de la resignación de una de ellas<sup>14</sup>.

Particularmente la transacción y la conciliación como mecanismos autocompositivos tienen equivalencia jurisdiccional, es decir, que a través de los mismos las partes pueden obtener el mismo efecto y/o resultado que a través de la jurisdicción, ambos tienen los efectos de una sentencia: otorgan la calidad de cosa juzgada.

Y, si bien en la conciliación y la transacción, ya interviene un tercero ajeno al conflicto por voluntad de las propias partes contendientes, sin embargo, dicho tercero no tiene aún la potestad de imponer su decisión a las partes, sino su función es acercar a ellas la fórmula de solución pacífica y razonada al conflicto, pero la composición definitiva del litigio la realizarán las propias partes, a través del

---

<sup>14</sup> GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981, pág. 23.

acuerdo, de allí la esencia autocompositiva del conflicto. Como afirma GIMENO SENDRA: El tercero (conciliador, mediador) actúa *inter partes*, no *supra partes*<sup>15</sup>.

Como es de entenderse, la autocomposición permite una mejor solución de los conflictos, puesto que finalmente el arreglo se alcanza y se logra la pacificación social a través del concierto de las voluntades de las partes contendientes, que son quienes mejor que nadie pueden saber lo que más les conviene<sup>16</sup>.

#### 1.2.1.4. La heterocomposición: Arbitraje y Jurisdicción

Empero, muchas veces, la autocomposición no resultaba seguramente efectivo como mecanismo de composición de litigios por cuanto cada parte contendiente defendía obcecadamente sus intereses a pesar de no tener la razón, con lo cual se volvía a recurrir otra vez a la violencia y a las guerras, con lo que finalmente peligraba la paz de la aldea o grupo humano; o bien porque no obstante arribar a un acuerdo pacífico o consensuado, no existía sin embargo la voluntad subsiguiente para su cumplimiento.

Es así que, el hombre recurre a otro mecanismo de composición consistente en encargar a un tercero a fin de que, en su calidad de sujeto ajeno al conflicto y a las partes contendientes y por ende imparcial e independiente, ponga solución definitiva al mismo dando la razón a una u otra parte ya sea mediante el derecho o conforme a su leal saber. Este mecanismo denominado **heterocomposición** surge en el denominado periodo de la barbarie<sup>17</sup>, con la aparición de la familia, la *gens* y la tribu (instituciones que ya implican una jerarquización del grupo y por ende se admite la idea de “autoridad”).

<sup>15</sup> GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981, pág. 24.

<sup>16</sup> MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al Derecho Procesal*. Tercera Edición, tirant lo Blanch editores, Valencia, España, 2008, pág. 38.

<sup>17</sup> Siguiendo siempre a Federico ENGELS.

En un primer momento, seguramente tal designación del tercero resolutor supra partes estaba a cargo de las propias partes contendientes y recaía en miembros de la comunidad con especiales cualidades por su leal saber, honestidad, prudencia y demás valores necesarios para una justa y razonable solución del conflicto y a cuya decisión se sometían libremente los contendientes. Es así que, con estos elementos, aparece en el desarrollo de la humanidad la **composición arbitral** o simplemente **arbitraje** como un mecanismo también natural y heterocompositivo de solución de conflictos.

Así, como afirma Francesco ZAPPALÁ –citando a Patricio ALWIN AZOCAR (“*El juicio arbitral*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958, pág. 67) y a Marco Gerardo MONROY CABRA (“*El Arbitraje Comercial*”, Temis, Bogotá, 1982, pág. 9): “En las sociedades primitivas las controversias se decidían mediante la fuerza, prevaleciendo el régimen de la venganza persona. En la evolución histórica, con la introducción del arbitraje se renuncia al derecho de justicia de propia mano, de replicar a la injusticia con más injusticia, irrumpiendo en la remota civilización humana el esquema según el cual las controversias deben someterse a una tercera persona, seleccionada entre los sujetos más importantes de la comunidad, distinguidos por su virtud, honestidad, dignidad y prudencia. Ofendido y agresor recurren entonces al tercero, designado de común acuerdo con la finalidad de regular su disputa. El árbitro o conciliador, aunque no sea rey o jefe de tribu ni ostente ninguna potestad, interviene exclusivamente por voluntad de las partes en conflicto y no puede imponer coercitivamente su fallo, cuya fuerza es alimentada únicamente por el compromiso de los antagonistas; esto por cuanto la pretensión de imponerlo de manera coactiva, sin el acuerdo de los interesados, no podría encontrar asidero para lograr su obediencia y cumplimiento”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> ZAPPALÁ, Francesco. “*Universalismo histórico del arbitraje*”. Ver versión electrónica en: [http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html)

Ya más adelante, cuando esta forma de resolver el conflicto era bastante efectivo (es decir, el *arbitraje*) y a fin de asegurar su eficacia, existía un compromiso -primero voluntario y luego probablemente impuesto por el *paterfamilias* o jefe de la tribu- de resolver todo conflicto que se suscite en la comunidad mediante dicho mecanismo heterocompositivo.

Pero, ya ingresando a los albores de la civilización (continuando siempre con la clasificación de Federico ENGELS), allí cuando el Estado como aparato coercitivo ya había nacido y ergo “*asume directamente la función plena de garantizar el derecho mediante órganos propios investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias*”<sup>19</sup>, el hombre y la sociedad ingresan al mecanismo de la **composición jurisdiccional** o simplemente **jurisdicción**, en donde el Estado, por encima de la voluntad de sus miembros, se sustituye en la voluntad del individuo para por medio de su *imperium* designar los órganos (juez o tribunal) encargados de componer todo litigio con trascendencia jurídica, empero no de cualquier modo, no mediante el simple leal saber del Juez, sino mediante el derecho, monopolizando incluso dicha potestad de resolver los conflictos en forma única y exclusiva y contando de la fuerza pública necesaria para hacer cumplir lo resuelto (*coertio, executio*), manteniendo sin embargo como forma alternativa la solución de determinados conflictos (los referidos a derechos de libre disposición) mediante los demás mecanismos autocompositivos (conciliación, transacción) y heterocompositivos como el arbitraje, y permitiendo incluso en forma excepcional situaciones permisivas de autotutela o defensa privada tales como la legítima defensa y la defensa posesoria, ya antes referidas.

Así, el arbitraje y la jurisdicción constituyen las dos formas de mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, los mismos que se asemejan en que básicamente es un tercero (el árbitro o el juez) que en forma independiente e

---

<sup>19</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; Tomo I, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 149.



imparcial pone solución en forma definitiva a la *litis*. Sin embargo, la legitimación de ambos es distinta. El arbitraje tiene su fuente en la voluntad de las partes contendientes de someter el litigio (disponible) a la función arbitral e incluso de nombrar de común acuerdo al árbitro o a los miembros del tribunal arbitral. En tanto a que en la jurisdicción (o función jurisdiccional) dicho tercero (el juez) es impuesto por el Estado, claro está sin caer en la arbitrariedad sino bajo determinadas garantías (principio del juez natural, principio de legalidad, competencia, etc.). Sin embargo, en ambos casos, ya constituidos válidamente el órgano heterocompositivo, la solución que éste dé al conflicto es impuesto a los contendientes al margen (y hasta en contra) de la voluntad de las partes. Esta es la esencia de los mecanismos heterocompositivo de solución de conflictos.

En suma, la búsqueda y hallazgo del fundamento *ius*-sociológico del arbitraje nos da una primera noción de nuestro instituto, una noción básica u ontológica, pues a través de la misma se arriba al ser mismo del arbitraje, es decir, lo que en la realidad histórico-social es, sin importar el tiempo, el espacio ni las manifestaciones culturales de los pueblos. En este sentido, el arbitraje fue ayer, es hoy y probablemente será mañana -y quien sabe por siempre en tanto exista conflicto de intereses- un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos que se origina de modo natural por la necesidad que tiene el hombre -en tanto ser racional- de solucionar los conflictos a fin de preservar su persona, su grupo y hasta su propia especie.

En este sentido, se puede afirmar que el arbitraje es consustancial al conflicto. Donde hay conflicto siempre ha habido, hay y habrá arbitraje como mecanismo de composición. El hombre desde sus inicios ha convivido siempre en conflicto los unos contra los otros, y superando la irracional defensa privada que sobre todo obedece a un instinto de supervivencia, como ser racional o pensante que es, encuentra (o lo inventa) en el arbitraje como mecanismo mucho más racional y eficaz para la composición de sus diferendos.

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

“[S]e origina con el sedentarismo de los seres humanos y la toma de conciencia de organizar su vida de relación dentro del grupo y también en la necesidad de confiar en un tercero la solución de sus conflictos. Es así, entonces, que en aquellas organizaciones sociales primitivas, secularmente anteriores a la formación del Estado y a la creación de sus órganos jurisdiccionales, se confiaba en el anciano, en el sacerdote o en el poderoso la función de arbitrar los conflictos de intereses y solucionarlos, comprometiéndose los contendientes en aceptar su decisión. Puede afirmarse, por ello, sin hesitación alguna, que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que en su origen no constituyó una alternativa, sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal”<sup>20</sup>.

Existen diversos documentos que dan cuenta de la precedencia histórica del arbitraje sobre la jurisdicción y el Estado. Sin pretender exponer el desarrollo histórico del arbitraje<sup>21</sup>, sin embargo resulta bastante interesante exponer el recuento de alguno de ellos.

<sup>20</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Jurisdiccional del Arbitraje”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3/2006, Edit. Jurídica Grijley, Lima, 2006, pág. 54.

<sup>21</sup> Respecto de la exposición exhaustiva de los orígenes y desarrollo histórico del arbitraje puede verse a:

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Primera Edición, Porrúa, México, 2004.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. Imprenta Universitaria, México, 1963.
- ZAPPALÁ, Francesco. “Universalismo histórico del arbitraje”. Ver versión electrónica en: [http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html)
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. “Arbitraje nacional e internacional”, en *Ponencias Generales del II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y XII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Rosario, Argentina, 1983.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. “El arbitraje. Estudio Histórico Jurídico”. Sevilla, 1981.

George MULLER STADT nos recuerda que ya las inscripciones babilónicas, como los relatos bíblicos y el sistema romano tenían referencias sobre el arbitraje. Tanto las Leyes de Las Partidas, en especial la tercera que decía: “*Contiendas tiene entre sí los hombres algunas veces y las ponen en manos de avenidores y la carta de avenencia llámanla compromiso*”<sup>22</sup>.

En la Biblia se encuentra también un pasaje que da cuenta que los hebreos, según el texto de Génesis, debía interceder ante la crisis suscitada entre Jacob y Labán. A este respecto Mario CASTILLO FREYRE, citando a Tomás OGÁYAR (OGÁYAR, Tomas. *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 38) refiere que “el pasaje del Libro Génesis (capítulo XXXI, números 35 a 37) en el que, refiriéndose a una disputa entre Jacob y Labán por imputar éste a aquél el hurto de unos ídolos de su propiedad, propuso Jacob, para justificar su inocencia, que ‘pusiera su equipaje a la vista de mis hermanos y de los tuyos, y sean ellos jueces entre

- 
- MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María. *“Tratado de Derecho Arbitral”*. Primera Parte, Tercera Edición, Thomson – Civitas, Navarra, España, 2006.
  - ALWIN AZOCAR, Patricio. *El juicio arbitral*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958.
  - MONROY CABRA, Marco Gerardo. *El Arbitraje Comercial*. Temis, Bogotá, 1982.
  - VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos y MOSCOSO VALDERRAMA, Rodrigo Andrés. *“Orígenes y panorama actual del arbitraje”*. Ver versión electrónica en:  
<<http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>>  
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942284>>
  - VARGAS, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964.
  - MONTOYA ALBERTI, Ulises. *“Historia del Arbitraje”*. Ver versión electrónica en:  
<<http://www.teleley.com/revistaperuana/1ulises-56.pdf>>
  - CASTILLO FREYRE, Mario. *Orígenes del Arbitraje*. En: *Arbitraje. Arbitraje y Debido Proceso, Volumen II*, Biblioteca de Arbitraje, Palestra Editores – Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2006. Ver versión electrónica en:  
<[http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen\\_del\\_arbitraje.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen_del_arbitraje.pdf)>

<sup>22</sup> MULLER STADT, George. *Historia del Derecho Internacional Público*, (traducción del alemán por Francisco F. Jardón Santa Eulalia), Edit. Aguilar, Madrid, 1961, pág. 22.

nosotros dos”<sup>23</sup>. En el Libro de Génesis se lee la propuesta hecha por Jacob a Labán: “*Somete tus denuncias al juicio de tus hermanos, para que decidan entre tú y yo*”.

El profesor Francesco ZAPPALÁ da cuenta de cómo en la mitología griega y posteriormente la latina atribuye al juicio de Paris la primerísima representación célebre y distinguida de forma de arbitraje en la asignación de la manzana de oro a la diosa más bella del Olimpo entre Hera, Atenea y Afrodita. Ocurre que durante el matrimonio de Peleo y Tetis, futuros padres de Aquiles, Herís, la diosa de la discordia, ofendida por no haber sido invitada, arrojó en la mesa del banquete una manzana de oro con la inscripción “para la más bella”. Tres diosas pretendieron hacerse de ella: Hera, Atenea y Afrodita. Zeus, el dios de dioses, estableció que la decisión de la más bella debía ser competencia del hombre más bello, es decir Paris, el príncipe de Troya. Paris favoreció a Afrodita quien por su parte le había ofrecido a la mujer más bella: Helena. Lo cual desencadenó la ira de las otras dos diosas. La diosa del amor ayudó a Paris a conquistar y a arrebatar a Helena del lado de su esposo Menelao, rey de Esparta. Lo que desató la guerra de Troya, razón la cual la manzana de oro es conocida también como la manzana de la discordia<sup>24</sup>. Concluye respecto a esta cita ZAPPALÁ que: “*Es evidente que Zeus, no obstante su infalibilidad y su legitimación para juzgar, se abstuvo de pronunciar el veredicto sobre quién fuese la diosa más bella, encargando de ello a Paris, en cuanto experto en términos de belleza, y seguramente para evitar la cólera y represalia de las dos diosas frustradas por la designación de la tercera*”<sup>25</sup>.

En la Grecia Antigua, se lee una precisa recomendación que el estagirita ARISTÓTELES efectúa en su Libro Retórica a cerca del arbitraje al considerar que: “*Es propio de los hombres razonables recurrir a un árbitro, antes que a un juez,*

<sup>23</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. *Orígenes del Arbitraje*. Ver versión electrónica en:

<[http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen\\_del\\_arbitraje.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen_del_arbitraje.pdf)>

<sup>24</sup> ZAPPALÁ, Francesco. “*Universalismo histórico del arbitraje*”. Ver versión electrónica en:

<[http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html)>

<sup>25</sup> ZAPPALÁ, Francesco. *Ob. Cit.*

porque el primero no atiende sino a la justicia, mientras el juez mira solamente la ley; el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad”<sup>26</sup>. Así como también PLATÓN comentaba que los primeros jueces sean aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces, que el más sagrado de los tribunales sea aquellos que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento<sup>27</sup>.

Humberto BRICEÑO SIERRA también nos recuerda como “*en materia internacional con el conflicto relativo a la sucesión del trono de Darío, resuelto por Artabanes en favor de Jerjes, o con la controversia surgida entre Ciro y el rey de Asiria, que Jenofonte sostiene fuera decidida por un príncipe de la India*”<sup>28</sup>.

Asimismo, el profesor Fernando VARGAS nos recuerda que la historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad narra litigios entre mercaderes griegos y fenicios que acudían al arbitraje con la finalidad de solucionar sus conflictos. Demóstenes refiere que en Atenas, Solón expidió leyes reconociendo el arbitraje entre ciudadanos en las cuales, además permitirse que los sujetos de un conflicto privado pudiesen escoger el árbitro que desearan, bajo el entendido de haber mutuo acuerdo, se concedía al laudo arbitral un carácter definitivo, sin posibilidad de recurso alguno<sup>29</sup>.

En el Derecho Romano, como afirman Juan Carlos VILLALBA CUELLAR y Rodrigo Andrés MOSCOSO VALDERRAMA –citando a Silvia GASPAR LERA (“*El Ámbito de aplicación del arbitraje*”. Arazandi Editorial, Pamplona – España, 1998):

<sup>26</sup> ARISTÓTELES. *La Retórica*. L3,I3,I3.

<sup>27</sup> PLATÓN. *Las Leyes*. Edit. Porrúa, México, 1979.

<sup>28</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. Imprenta Universitaria, México, 1963, pág. 20.

<sup>29</sup> VARGAS, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, pág. 15.

“(…) inicialmente era el propio jefe del grupo familiar –*pater familias*- el que trataba de conciliar a las partes; en una fase posterior, esta función se asignó a un árbitro ante el que se planteaban de forma voluntaria las discrepancias o enfrentamientos a través de una ordalía llena de ritos y reglas con un fuerte carácter religioso; finalmente se reconoció a las partes la libertad de elección del tercero que debía resolver sus controversias (...). En la Ley de las XII Tablas aparece reglamentado el procedimiento en el cual un magistrado impone pactos entre las partes de forma que la imposición de una sanción pecuniaria fija sustituye la venganza privada y obliga a las partes a someterse a arbitraje, en el cual se fallaría sobre los reclamos formulados. Igualmente en esta ley se hace mención del *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en el que se establece que en el caso de división de una herencia se designará un árbitro, considerado por algunos autores la primera forma de arbitraje legal conocida en la historia. Con posterioridad fue creado en Roma un sistema oficial de solución de controversias inspirado en el procedimiento arbitral, a pesar de lo cual la figura del arbitraje no fue eliminada (...).”<sup>30</sup>.

En la Edad Media, nos lo recuerdan los citados autores citando a su vez a Julio BENETTI SALGAR (“El arbitraje en el derecho colombiano”, Segunda Edición, Temis, Bogotá, 2001, pág. 9) que “el arbitraje fue la forma de resolución de controversias más utilizada. Esto debido al auge del comercio y a la existencia de las asociaciones gremiales, a la cuales acudían los comerciantes para resolver sus conflictos. Según FELDSTEIN la burguesía encontró en el arbitraje el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. La justicia del monarca, llena de laberintos procesales, lenta y pesada, fue dejada de lado por los nuevos mercaderes”<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos y MOSCOSO VALDERRAMA, Rodrigo Andrés. “Orígenes y panorama actual del arbitraje”. Ver versión electrónica en:

<<http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>>

<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942284>>

<sup>31</sup> VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos y MOSCOSO VALDERRAMA, Rodrigo Andrés. *Ob. Cit.*

En suma, el arbitraje es un mecanismo natural de solución de conflictos, por cuanto inclusive, ya aparecido y fortalecido el Estado, y ya monopolizado la función de administrar justicia mediante la imposición de la forma y el instrumento (el procedimiento y el derecho), como muestra de tal carácter natural, el arbitraje ha subsistido y subsiste, deviniendo al lado de la composición jurisdiccional en un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que en la realidad –y ello se ve en nuestro país- ha devenido en uno mucho más efectivo y con muchas más bondades que la justicia pública.

Relacionado con lo afirmando, el profesor ZAPPALÁ nos enseña que incluso “[a]ctualmente, los Bereberes o Amazigh, habitantes autóctonos del Norte de África, aplican el arbitraje como forma de dirimir los conflictos, de acuerdo con una jurisdicción especial ejercida por el sacerdote de la plaza de mercado, cuya competencia, a la potestad de la magistratura del *aedile curule* de la Roma republicana, se concentraba en la resolución de conflictos entre comerciantes, y entre éstos y los extranjeros”<sup>32</sup>.

Lo cual da cuenta pues del carácter natural del arbitraje, surgido muy anterior al Estado y a la Jurisdicción, surgido como una respuesta racional del hombre frente al conflicto que de no ser resuelta por este medio de solución peligraba la existencia de la raza humana misma.

En suma, la justicia arbitral surge “como necesidad del hombre en convivencia con sus similares, proporcionando una respuesta apropiada para aquellas comunidades en las cuales la fuerza y la prepotencia eran hasta ahora el único instrumento de justicia, que conocía solamente el límite de aquel que la ejercía; se instala con ello un nuevo mecanismo de arreglo de las contiendas que garantiza su solución equitativa. Con la evolución de las costumbres y las prácticas, se convierte

---

<sup>32</sup> ZAPPALÁ, Francesco. “Universalismo histórico del arbitraje”. Ver versión electrónica en: [http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html)

en un imperativo comunitario la necesidad de una justicia más humana, en el cual el conflicto sea sometido a la decisión final de una tercera persona con experiencia y habilidad, y ello de conformidad con las diferentes tradiciones milenarias”<sup>33</sup>.

## 1.2.2. Fundamento *ius*-filosófico del arbitraje

Ahora bien, la noción básica u ontológica obtenida del arbitraje, no resulta suficiente para arribar a su concepción cabal. El enfoque *ius*-sociológico nos brinda siempre una noción que sirve de punto de partida para la delimitación conceptual de toda institución del mundo cultural, entre ellos el derecho y sus manifestaciones (concepto, institución, figura, etc.).

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

### 1.2.2.1. La Libertad como causa-fuente del arbitraje

Como fundamenta Patricio AYLWIN AZOCAR: “Si una persona, por actos de propia voluntad puede renunciar un derecho suyo o transigir las disputas que sobre él tenga con un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona que le inspire confianza y si en el hecho los dos litigantes así lo hacen y, en ejercicio de su libertad de contratar acuerdan someter la controversia que les divide el fallo de un individuo cualquiera, por ellos elegido, no hay motivo alguno para que el poder público desconozca la ley de ese contrato”<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> ZAPPALÁ, Francesco. *Ob. Cit.*

<sup>34</sup> Citado por SANGUINO SÁNCHEZ, José María. *Garantía del Debido Proceso*. En: *Debido Proceso*. Roland ARAZI (Compilador). Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, pág. 263.



Así, –prosiguiendo– cuando dos hombres se encuentran frente a un conflicto de intereses intersubjetivo y renuncian a la violencia (física y compulsiva) como mecanismo de composición y optan ambos de modo racional someter el conflicto a un tercero (el árbitro) (ajeno al conflicto y a las partes) para que lo resuelva conforme a la razón y la justicia, no hacen sino ceder a dicho tercero cada uno de los contendientes el “poder” que tienen para la búsqueda y hallazgo de la solución del conflicto que según el ordenamiento jurídico sea susceptible de disposición por los contendientes. Ese “poder” (facultad o potencia de hacer algo) propio de todo ser humano en tanto ser racional e inteligente y en tanto fin en sí mismo, ser con dignidad y no un medio, no puede sino basarse en la “libertad”.

En palabras del maestro Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO: “La libertad es la connatural capacidad de decisión de que está dotado el ser humano, lo que lo distingue no sólo de otros seres de la naturaleza sino también de los robots. Para el filósofo hispano Javier ZUBIRI, la libertad es ‘la situación ontológica de quien existe desde el ser’, mientras que Jean Paul SARTRE, lúcido y agudo, expresa con la máxima claridad que la libertad ‘no es una cualidad sobrecargada o una propiedad de mi naturaleza; es muy exactamente la tela de mi ser’<sup>35</sup>.

Nos sigue ilustrando el profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Decana de América, y de la Pontificia Universidad Católica del Perú que: “La libertad ontológica en que consiste el ser humano, al tener que decidir entre dos o más conductas a proyectar y seguir en la cotidianidad de la vida, debe previamente valorar. Es esta valoración la que, como se ha dicho, lo hace un ser espiritual, capaz de distinguir entre el bien y el mal, la justicia y la injusticia y otras bipolaridades axiológicas. Se trata de un ser espiritual que, al requerir valorar para proyectar su vida, otorga un sentido a su existencia, una razón de ser a su vida, un destino a seguir, una misión a cumplir (...). El valorar, para preferir alguna de las

---

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ-SESSAREGO, Carlos. *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*. Edit. IDEMSA, Lima, 2011, pág. 238.

opciones que le ofrece el mundo exterior y lo posibilitan sus habilidades personales, hace factible que el ser humano ingrese al mundo de la espiritualidad. Sólo un ser capaz de vivenciar valores es un ser espiritual. La calidad de ser libre y espiritual es lo que distingue al hombre de los demás entes del mundo. Aparte, claro está, de su dimensión coexistencial y temporal”<sup>36</sup>.

A nosotros, no nos queda más que agregar que, siendo el “conflicto” consustancial a la existencia del hombre mismo, éste en aras de su propia subsistencia y supervivencia, tiene la necesidad de resolverlo, para lo cual en su estado de naturaleza recurre a mecanismos generalmente instintivos como es la autotutela o defensa privada, consistente ésta básicamente en el empleo de la violencia; empero, -como ya habíamos dicho- este mecanismo tiende a desintegrar el grupo y hasta a desaparecer la propia especie humana, es así que, el hombre como ser racional que es, esto es, premunido de “razón”, de la capacidad propia que sólo los seres humanos tienen para entender y distinguir entre lo bueno y lo malo, entre lo justo y lo injusto, entre lo conveniente y lo inconveniente, recurre y opta por otros mecanismos de solución de conflictos más racionales, como es el arbitraje.

Así, es la “razón” la que le otorga “libertad”, esto es, la capacidad o *“facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”*<sup>37</sup>. Todo esto es lo que nos diferencia de los animales.

Como bien afirma FERNÁNDEZ SESSAREGO: “[E]l ser humano se diferencia de los demás animales mamíferos –por ejemplo del chimpancé- en que sólo aquél es un ser libre. Los otros mamíferos, que se nos ocurre poseen un elemental grado de racionalidad, carecen de libertad. Por ello son sus instintos los

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ-SESSAREGO, Carlos. *Ob. Cit.*, pág. 49-50.

<sup>37</sup> Definición que se halla en el *Diccionario de la Real Academia Española*, Vigésima Tercera Edición, Edición del Tricentenario, Espasa Libros S.L., Barcelona, 2014, pág. 1334.

que básicamente se hallan en el sustento de sus actividades, sin poder administrarlos al carecer de libertad”<sup>38</sup>.

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

A este respecto, bien afirma Abelardo TORRÉ, que “[a]l decir que la libertad es un carácter esencial, no debemos olvidar que además, el ser humano tiene otros caracteres esenciales, pero no hay duda de que racionalidad es el más importante, al punto de pensar de que el hombre es libre porque es racional. Para probarlo recordemos que pensar es ejercer la razón”<sup>39</sup>. Asimismo, tal como con sabiduría define Immanuel KANT “[L]a libertad es una determinación de la razón práctica. En ella se arraigan la autonomía y la dignidad del hombre”<sup>40</sup>.

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

*“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona*

*Toda persona tiene derecho: (...)*

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

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

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Ob. Cit.*, pág. 238.

<sup>39</sup> TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. Décimo Cuarta Edición ampliada y actualizada, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 44.

<sup>40</sup> Citado por Arthur KAUFMANN. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 440.

El Tribunal Constitucional establece que: “Sobre la base del principio general de la libertad, que el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda (...)”<sup>41</sup>. Y que: “La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no solo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales (....)”<sup>42</sup>. Sin embargo es claro también para el supremo intérprete de la Constitución (así se ha denominado el Tribunal en el artículo 1 de su Reglamento Normativo adoptado por Acuerdo del Pleno del 14 de septiembre de 2004)<sup>43</sup> que el ejercicio de la libertad personal “no es absoluto e ilimitado; pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley”<sup>44</sup>.

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

En este sentido, la *autonomía de la voluntad* puede ser entendido –en palabras de Martín PINEDO AUBIAN- como “el libre arbitrio que posee todos los individuos que gozan de capacidad para regular sus derechos y contraer obligaciones, a las que las partes se deben someter en base a lo manifestado en el

<sup>41</sup> STC N° 2235-2004-AA/TC, 18/02/2005, Fundamento Jurídico 8. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.html>

<sup>42</sup> STC N° 0019-2005-PI, 21/07/2005, Fundamentos Jurídicos 11. Ver sentencia en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.html>

<sup>43</sup> REGLAMENTO NORMATIVO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:  
“Artículo 1.- Control e interpretación constitucional.-  
El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

<sup>44</sup> STC N° 2496-2005-PHC/TC, 17/05/2005. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02496-2005-HC.html>

*acto de declaración de voluntad, aunque vale la pena mencionar que si bien este principio se aplica fundamentalmente en el régimen de contratos, no es el único campo donde se utiliza... ”<sup>45</sup>.*

Este mismo autor, siguiendo a León DUGUIT, reconoce precisamente que “[l]a autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista, la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido”<sup>46</sup>.

Los españoles Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, señalan también que la autonomía de la voluntad “[e]s el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo (...) puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que se es o ha de ser parte. La autonomía privada es la libertad individual”<sup>47</sup>.

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

<sup>45</sup> PINEDO AUBIAN, Martín. “El principio de la autonomía de la voluntad y la conciliación extrajudicial”. Ver en: <<http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/32.pdf>>

<sup>46</sup> DUGUIT, León. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos G. Posada. 2da. Edición. Madrid. p.69, citado por PINEDO AUBIAN, Martín. *Ob. Cit.* Ver en: <<http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/32.pdf>>

<sup>47</sup> DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial TECNOS, Vol. I y II. pp. 389. Adicionalmente, precisa que la autonomía privada es libertad individual, y el hecho de reconocer libertad significa permitir, hacer, dar al individuo una esfera de actuación, pero reconocer autonomía es decir algo más: que el individuo no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica. Ver esta precisión en: PINEDO AUBIAN, Martín. *Ob. Cit.* <<http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/32.pdf>>

refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones co-existenciales de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular”<sup>48</sup>.

Ahora bien, si la razón es fundamento de la libertad, y ésta del principio jurídico general de la autonomía de la voluntad, la materialización de este último principio en materia de derecho de los contratos se plasma en los sub-principios jurídicos denominados “*libertad de contratar*” y “*libertad contractual*”. La primera –es decir, la libertad de contratar- consiste en la autodeterminación de su voluntad conducente a celebrar o no un contrato. La libertad contractual, en cambio, es aquella que permite a las partes contratantes delimitar los términos y condiciones (cláusulas) del contrato a celebrar.

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

*“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona*

*Toda persona tiene derecho:*

*14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.*

*“Artículo 62.- Libertad contractual*

*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía*

---

<sup>48</sup> STC N° 0047-2004-AI/TC, 24/04/2006, Fundamento Jurídico 44. Ver sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

*arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...)*”.

El Tribunal Constitucional interpreta este derecho fundamental como aquel “*acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial (...). Tal derecho garantiza, prima facie: Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual*”<sup>49</sup>.

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

*“Art. 1354.- Libertad contractual  
Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.*

Esto es muy importante en el derrotero a seguir para la definición cabal del arbitraje, por cuanto el “poder” de disposición del conflicto de las partes al árbitro o tribunal arbitral, que es la fuente del arbitraje, nace de un consenso de voluntades de las partes contendientes de prever de modo anticipado o ya surgido el conflicto, de que este último será resuelto única y exclusivamente a través del arbitraje. Este acuerdo o consenso o sometimiento al arbitraje tiene naturaleza contractual, denominado como “convenio arbitral”. Nótese que en esencia el arbitraje como opción de solución heterocompositivo de conflictos no es impuesto por un tercero, sino optado y sometido libremente por las partes contendientes antes del conflicto o también ya surgido este último. Al menos esto es en esencia el arbitraje en su

---

<sup>49</sup> STC N° 2736-2004-AA/TC, fundamento jurídico 9. Ver sentencia en:  
<<http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/02736-2004-AA.html>>

fundamento. Ya más adelante nos referiremos acerca del llamado arbitraje “obligatorio” que caracteriza al arbitraje en la contratación pública.

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

Antonio María LORCA NAVARRETE sintetiza contundentemente el asunto al afirmar que: “[E]l origen del arbitraje se ubica en el convenio arbitral. Para que se me entienda: sin convenio arbitral no puede haber arbitraje... En concreto, que el convenio arbitral, justificado en la autonomía de la voluntad, permite que, la controversia disponible conforme a derecho (...), pueda ser sometido a arbitraje”<sup>50</sup>.

Ahora bien, siendo claro el fundamento *ius*-filosófico del arbitraje en cuando a su causa-fuente, esto es, el fundamento u origen del arbitraje; sin embargo, otro extremo de este fundamento invita a cavilar sobre la causa-fin del arbitraje, es decir, para qué es el arbitraje, cuál su finalidad.

#### 1.2.2.2. La Justicia como causa-fin del arbitraje:

Lo que denominamos como causa-fin del arbitraje viene a ser el motivo o razón de ser de esta institución; es decir, el para qué es o para qué existe. Su causa teleológica.

---

<sup>50</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2010, pág. 47.



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

Hemos determinado que el fundamento (en tanto fuente u origen) del arbitraje es la *libertad*, propia o exclusiva de un ser racional como es el hombre por naturaleza. Sin lugar a dudas, se puede decir que no hay posibilidad de existencia del arbitraje sin libertad, y de ésta última sin la *razón*. Por lo tanto, en tanto y en cuanto esta libertad se encuentre coactada en cierto sentido, no se puede hablar de arbitraje.

Como afirma Ana María CHOCRÓN GIRÁLDEZ criticando los llamados arbitrajes “forzosos”: “En definitiva, el arbitraje como medio de solución de contiendas por un tercero surge de un acuerdo de voluntad de las partes. De este modo, aun manteniendo que esa voluntad fuera emitida con ocasión de una circunstancia aislada de la que luego resulta la sumisión al juicio de árbitros, aun manteniendo incluso, que algunas leyes remitan ciertas materias a instancias arbitrales (p.e. la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios...) es lo cierto que hablar de arbitraje obligatorio o impuesto significa desnaturalizar la propia esencia de aquél y en consecuencia llegara a la paradoja de convertirlo en algo distinto aunque bautizado con el mismo nombre<sup>51</sup>”.

Sin embargo, el arbitraje no es solo ello; es decir, no es solo negocio jurídico o convenio que dos sujetos contendientes celebran para solucionar sus conflictos, para lo cual recurren a un tercero (árbitro) imparcial y con otras cualidades especiales para a través de un instrumento jurídico-formal (el procedimiento arbitral) arribar a un fin

---

<sup>51</sup> La citada autora española identifica este principio que comentamos con el nombre de principio de oportunidad. Ver en: CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. José María Bosch Editor. Barcelona, 2000, pág. 38.

determinado: brindar para el árbitro y obtener para las partes, una solución concreta para el caso materia de *litis*.

Esa solución de la controversia que el árbitro adopte sin embargo no se da de cualquier manera, sino una basado según derecho (nacional o foráneo) o según conciencia (o equidad) que las partes acuerden como instrumento jurídico de solución. En el caso del arbitraje de derecho (o mediante el derecho), ya de por sí en toda sociedad civilizada el derecho es expresión de justicia o al menos aspira o tiene por finalidad dicho valor supremo. Más aún, hoy por hoy, en tiempos del *neoconstitucionalismo*, ya de por sí está garantizada que las normas jurídicas (con las que resuelve el caso el árbitro) tiene como fundamento principios y valores que finalmente recaen siempre en la *justicia* establecida por la Constitución y las normas internacionales de protección de los derechos humanos. Las normas jurídicas de por sí llevan en sí como valor la justicia. Como acertadamente afirmaba el maestro Mario ALZAMORA VALDEZ: “La justicia es el valor principal que el derecho trata de realizar a través de sus distintas expresiones. Podrá haber un derecho justo, menos justo o injusto, pero siempre llevará en sí una aspiración hacia la justicia”<sup>(52)</sup><sup>(53)</sup>.

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

*Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia*

<sup>52</sup> ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. EDDILI; Décima Edición, Lima, s/f, pág. 301.

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

*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)*

*3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)*<sup>54</sup>.

Ya más adelante trataremos respecto de estos dos trascendentales derechos fundamentales. Empero, en concreto, en virtud a ellos lo que se exige es que toda persona tiene derecho a que el conflicto de intereses que sometan a un tercero (sea jurisdicción ordinaria o especial, arbitraje u otros mecanismos alternativos de justicia) debe ser una que imparta justicia basado en derecho y, de ser el caso, en equidad; y, que el procedimiento para arribar a ello, debe a su vez estar premunido de mínimas garantías (derechos tales como defensa, prueba, motivación de las decisiones, efectividad de las decisiones, entre otros que corresponda) que hagan del mismo uno justo y equitativo.

Tal como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional: “[T]odo órgano que posea naturaleza jurisdiccional (sea ordinario, constitucional, electoral, militar y, por extensión, los árbitros) debe respetar, mínimamente, las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional “efectiva” y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable, a un juez competente, independiente e imparcial, a la ejecución de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales”<sup>55</sup>.

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

*Artículo 1.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.*

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

<sup>55</sup> STC N° 0004-2006-AI/TC, 29/03/2006, Fundamento Jurídico 8. Ver sentencia en:

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>>

En otro pronunciamiento, el Supremo Intérprete de la Constitución establece que: “*La Norma Suprema (...) garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales*”<sup>56</sup>.

Por lo tanto, se puede afirmar que en el arbitraje la solución que se da a la controversia a través del derecho siempre será y debe ser una acorde con la justicia, finalidad que se encuentra a su vez garantizada por la Constitución que como Norma Suprema establece los principios y derechos para una justa y debida tutela procesal de los derechos.

Así, el arbitraje no tiene razón de ser si a través de ella no se busca hacer justicia y con ello lograr la paz social. Esa es la finalidad teleológica del arbitraje, su razón de ser, su *ratio essendi*, su fundamento final.

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

Como afirma LEGAZ Y LACAMBRA: “[L]o equitativo no es para el filósofo griego<sup>57</sup> algo distinto por esencia de la justicia, sino una misma con ella; la equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia que corrige a la

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

<sup>57</sup> Refiriéndose a Aristóteles en su “*Ética a Nicómaco*”.

injusticia que se comete en el caso particular, cuando sólo se le considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general (...)”<sup>58</sup>.

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

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

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

Ahora bien, nótese bien que es la “razón” la que hace posible que el hombre actúe en libertad, y es a su vez el elemento que lleva ínsito la justicia. En este sentido, sólo un ser racional puede ser libre, y sólo en la racionalidad puede fundarse la justicia. Lo justo es lo razonable, lo adecuado a la razón. Según el Diccionario de

<sup>58</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Ob. Cit.*, pág. 433.

<sup>59</sup> TORRÉ, Abelardo. *Ob. Cit.*, pág. 284.



la Real Academia Española, una de las definiciones de “justicia” es “*Derecho, razón, equidad*”<sup>60</sup>. Es así, que tanto el derecho como la equidad, equivalen a razón, es decir a justicia y uno de los medios a lograrla es a través del arbitraje y no únicamente mediante la tutela jurisdiccional que monopoliza el Estado.

En suma, en tanto ser racional que por naturaleza caracteriza al hombre, le es otorgado la libertad no para un fin cualquiera, sino para vivir y alcanzar la justicia y el bien común. El libre albedrío de la que goza el hombre le es otorgado para alcanzar fines justos, el bien común y otros valores supremos de toda sociedad jurídicamente organizada. Sólo bajo estos cánones teleológicos puede, racional y legítimamente, toda sociedad jurídicamente organizada reconocer la libertad y la autonomía de la voluntad. Nótese por ejemplo que la Constitución establece que: “*El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley*” (artículo 70). Y el artículo 103 que prescribe que: “*La Constitución no ampara el abuso del derecho*”.

El Tribunal Constitucional en materia de libertad de contratación y la autonomía de la voluntad también ha establecido que: “[P]ara el Tribunal Constitucional es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano”<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Definición que se halla en el *Diccionario de la Real Academia Española*, Vigésima Tercera Edición, Edición del Tricentenario, Espasa Libros S.L., Barcelona, 2014, pág. 1296.

<sup>61</sup> STC N° 0858-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico 22. Ver sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html>

Y, finalmente, el Tribunal Constitucional también ha reconocido los límites de la autonomía de la voluntad en materia de arbitraje y la necesidad de su control jurisdiccional, al sostener que:

*“11. A partir de lo establecido por la norma fundamental, “el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su 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” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10). Desde esta perspectiva, “este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14).*

*12. Sin embargo de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, “la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar*

*directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9)<sup>62</sup>”.*

Asimismo señaló el Tribunal Constitucional que: *“El proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna; ambas dimensiones (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia”<sup>63</sup>.*

En suma, el arbitraje que nace precisamente de la libertad y la autonomía de la voluntad, tiene su razón de ser para hacer justicia entre los contendientes y con ello lograr la *“paz social en justicia”*, justicia que en esencia tiene y debe ser efectiva y debida. Siendo ello así, consideramos entonces que es precisamente en esta causa-fin del arbitraje que se encuentra a su vez el fundamento de la intervención de la jurisdicción sobre el arbitraje, esto es, para coadyuvar o complementar al cumplimiento de dicha finalidad y también para controlar, en algunos aspectos, que en el desarrollo del procedimiento arbitral no se vulnere las garantías mínimas que según ley y la Constitución debe existir para el arribo de dicha finalidad.

### 1.2.3. Fundamento *ius-formal* del arbitraje

Tampoco la solas concepciones fáctica y teleológica conducen por si solas a una concepción integral del arbitraje sino no se complementa con sus principales elementos jurídico-formales, los mismos que se encuentran plasmados en un

---

<sup>62</sup> Aunque en honor a la verdad, con respecto a la atribuida –por el Tribunal- naturaleza jurisdiccional del arbitraje no estemos de acuerdo, sin embargo ello será latamente fundamentado cuando tratemos puntos más adelante respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje.

<sup>63</sup> STC N° 6167-2005-HC/TC, 08/07/2005, Fundamento Jurídico 11. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>



ordenamiento jurídico determinado a los que necesariamente debemos referirnos, por lo que, qué mejor ocasión que ésta para hurgar el fundamento *ius-formal* del arbitraje en el ordenamiento jurídico patrio que regula nuestra institución, el cual está compuesto básicamente por la Constitución Política y el Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje).

Cabe resaltar que tales elementos *ius*-formales constituyen también fundamentos del arbitraje, pues el arbitraje –por ejemplo- no puede existir sin el convenio arbitral, debe necesariamente versar sobre derechos o situaciones jurídicas disponibles, el árbitro debe gozar de independencia e imparcialidad para el cumplimiento de su función, el procedimiento debe gozar de mínimas garantías que hagan del mismo uno justo y equitativo, no hay justicia arbitral sin laudo arbitral y sin posibilidad y efectividad en su ejecución.

Veamos pues algunos de los elementos *ius*-formales esenciales del arbitraje.

### **1.2.3.1. El convenio arbitral como manifestación jurídica de la libertad**

Dijimos en punto anterior analizando el fundamento *ius*-filosófico del arbitraje, que la causa-fuente era la libertad y la autonomía de la voluntad del hombre, en tanto ser racional y con dignidad. Sin embargo, la manifestación jurídica concreta de dicho fundamento, el anclaje jurídico de la libertad y de la autonomía de la voluntad en el arbitraje no es sino el llamado *convenio arbitral*. No es posible la existencia del arbitraje sin el convenio arbitral. Filosóficamente el arbitraje tiene su fundamento en la libertad; pero jurídicamente el convenio arbitral es su fuente directa y concreta.

Al respecto, Antonio María LORCA NAVARRETE sintetiza contundentemente el asunto al afirmar que: “[E]l origen del arbitraje se ubica en el convenio arbitral. Para que se me entienda: sin convenio arbitral no puede haber arbitraje... En concreto, que el convenio arbitral, justificado en la autonomía de la

voluntad, permite que, la controversia disponible conforme a derecho (...), pueda ser sometido a arbitraje”<sup>64</sup>.

También Faustino CORDÓN MORENO contribuye que: “El fundamento –y la justificación- del arbitraje como institución para la solución de cuestiones litigiosas se encuentra en la voluntad de los contratantes, que aceptan previamente la decisión de los árbitros: ‘la autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial’ (STC 75/1996, de 30 de abril). Dicha voluntad es, en efecto, el hilo conductor del arbitraje, según veremos, ya que no sólo le da origen, sino que también lo informa a lo largo de todo el procedimiento, siendo escasas las normas que en la Ley tienen carácter imperativo. Como ha dicho el ATC de 259/1993, de 20 de julio, ‘el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición”<sup>65</sup>.

Bernardo M. CREMADES reconoce al convenio arbitral como la “piedra angular del arbitraje” que “nace como una genuina manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica, sea o no contractual (...) El nacimiento, desarrollo y consolidación del arbitraje en un sistema jurídico corre inevitablemente en paralelo al reconocimiento y regulación que se haga del convenio arbitral, base y cimiento sobre el que descansa toda la institución arbitral”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2010, pág. 47.

<sup>65</sup> CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Cuadernos Civitas - Thomson Reuter Limited, Pamplona, 2010, pág. 16.

<sup>66</sup> CREMADES, Bernardo M. “*Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: El convenio arbitral*”. En: *Tratado de Derecho Arbitral, Tomo I (El Convenio Arbitral)*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, págs. 661-675.

En cuanto a la naturaleza jurídica del convenio arbitral, la doctrina mayoritaria le reconoce naturaleza contractual. Así, José F. MERINO MERCHÁN y José M. CHILLÓN MEDINA sostienen que el convenio arbitral constituye un “contrato en virtud del cual las partes interesadas en una controversia ya surgida o cuya posibilidad se prevé confieren a una o más personas en número impar el poder de decidir sobre la misma, haciendo las veces de los órganos de la autoridad judicial del Estado”<sup>67</sup>.

Los juristas Mario CASTILLO FREYRE y Rita SABROSO MINAYA sostienen que: “En el tráfico jurídico y comercial de todos los días, esto es, en la realidad, los arbitrajes se contratan, casi con absoluta mayoría, en lo que se conoce como cláusula arbitral. Esta cláusula es pues un contrato en toda línea. En este contrato las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica existente entre ambas, esto es, casi para todos los efectos de la vida diaria, otro contrato del que el arbitral forma parte”<sup>68</sup>.

Jaime GUASP, agrega a su vez que la naturaleza jurídica del convenio arbitral es contractual, aun cuando se discuta la famosa diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral<sup>69</sup>.

Sin embargo, hay otros autores que, sin desconocer el carácter contractual del convenio arbitral, resaltan otras particularidades como su jurisdiccionalidad y procedimentalidad para resolver el conflicto de intereses que las partes someten. Así, Alicia BERNARDO SAN JOSÉ afirma que: “El convenio arbitral, a diferencia de los que podríamos denominar contratos privados ‘ordinarios’, tiene como finalidad

<sup>67</sup> MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M. *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo I, Tercera Edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, págs. 251-252.

<sup>68</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. “Contenido y forma del convenio arbitral”. En: GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Derecho Arbitral*. Edit. ADRUS, Lima, 2013, págs. 112-113.

<sup>69</sup> GUASP, Jaime. *El arbitraje en el derecho español*. Edit. BOSCH, Barcelona, 1956, pág. 115.

específica la producción de efectos procesales, no materiales. En otras palabras, la eficacia de un convenio arbitral no altera las relaciones jurídico-materiales entre las partes contratantes, pero sí incide en la forma en que éstas van a resolver las controversias que eventualmente pueda surgir. Como es sabido, la finalidad primordial del convenio arbitral es excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia y obtener su resolución a través de un laudo que produzca los mismo efectos que una sentencia firme: cosa juzgada y ejecutoriedad”<sup>70</sup>.

A su turno CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA critican a la autora anteriormente citada que: “Puede precisarse que aún cuando la autora acepta el origen contractualista privado del contrato arbitral, indica que sus efectos se producirán en una esfera procesal, en la que predominará el interés público ya que el Estado es, en último término, el garante de una ordenada y eficaz resolución de conflictos intersubjetivos que evite la autotutela, y en la que subyace la renuncia ‘parcial’ al derecho fundamental a obtener la tutela de jueces y tribunales. Así, de modo sintético puede decirse que serían contratos procesales todos aquellos cuyo principal efecto se produce de modo directo en el plano del proceso”<sup>71</sup>.

Asimismo, Juan Pablo CARDENAS MEJÍA afirma a su vez que: “El compromiso (arbitral) tiene ante todo un contenido procesal, en la medida que se refiere al ejercicio del derecho de acción, mientras que el contrato (principal) tiene un contenido sustancial, sin que exista por consiguiente una subordinación de lo uno a lo otro, y ello determina la autonomía”<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada, España, s/e, pág. 7.

<sup>71</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. “Contenido y forma del convenio arbitral”. En: GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Derecho Arbitral*. Edit. ADRUS, Lima, 2013, pág. 115.

<sup>72</sup> CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”. En: “El Contrato de Arbitraje”, Legis S.A., Universidad del Rosario, Bogotá, D.C., Colombia, 2005, pág. 88.

Autores como Antonio María LORCA NAVARRETE van aún más lejos, distanciándose de la tesis contractualista y de la jurisdiccionalista, sostiene la tesis negocial-procesal, en virtud del cual: “El convenio arbitral, antes que contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes –libremente expresada- de elaborar, estructuralmente, un negocio jurídico pero no con las consecuencias propias de un contrato [contractualismo], sino impropias de un ámbito funcional, tan alejado del contractualismo, como el de la resolución –lo diré ya sin complejos- procesal de la controversia... La función, que asume el árbitro, es procesal pero no jurisdiccional. Es más, el arbitraje, que surge del convenio arbitral, es un ejemplo de una actividad en la que se reside la sustantividad del proceso a través de la técnica procedimental que se prefiere pero sin que ello suponga, en modo alguno, una conceptualización jurisdiccional ni del proceso ni de las actuaciones arbitrales por lo que la resultante es simple: no toda actividad procesal necesariamente ha de ser jurisdiccional (como sucede, insisto, con el arbitraje), ni toda actividad jurisdiccional ha de ser necesariamente procesal (como sucede con numerosos actos de jurisdicción voluntaria... Para mí, pues, el arbitraje justifica su naturaleza jurídica porque resuelve ‘controversias’ y esa finalidad no se alcanza mediante su adjetivación contractual o jurisdiccional...La fuente ordinaria del arbitraje es un negocio jurídico entre las partes impropio por sus consecuencias de ámbito funcional proyectado procesalmente. No hay contrato. Solo negocio jurídico que no posee el abocamiento propio del contractualismo, sino el impropio de su funcionalidad procesal. No existe contrato. Ni, por tanto, es precisa esa adjetivación ‘procesal’ del contrato –la de contrato procesal”<sup>73</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, la actual Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) dispone respecto al convenio arbitral lo siguiente:

*Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral*

---

<sup>73</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. AECID-Instituto Vasco de Derecho Procesal, País Vasco-España, 2010, págs. 30, 37-38, 39.

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. 2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra. 6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. 7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

#### 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.*

Ahora bien, el convenio arbitral se rige a su vez por el principio de autonomía en relación al contrato en la que se encuentra inserta o denominado también como *principio de separabilidad del convenio arbitral*. En virtud de ello, en primer lugar, “el pacto arbitral no se ve afectado por la extinción del contrato de cual hace parte. De esta manera si el contrato principal se extingue por vencimiento del plazo, por mutuo acuerdo de las partes o por otra causa, pero si surge una controversia relativa a los efectos o al régimen de dicha extinción, será procedente aplicar el pacto arbitral para resolver dicha controversia. Igualmente el principio de autonomía puede determinar que opere la cláusula arbitral, aun cuando el contrato no entre a producir efectos por falta de un requisito acordado por las partes. Pero el principio de la autonomía del pacto arbitral va más allá y es allí donde realmente adquiere mayor importancia, pues de acuerdo con el mismo, la nulidad de contrato no afecta la cláusula que forma parte del mismo, obviamente en la medida en que el vicio no afecte directamente el pacto arbitral...”<sup>74</sup>.

De este modo, la nulidad o ineficacia del contrato continente no afecta en modo alguno al acuerdo arbitral esté o no contenido en el contrato. En palabras de Juan Pablo CARDENAS MEJÍA, en virtud del principio de autonomía del pacto arbitral (como también se le conoce) este “es considerado independiente del contrato principal al cual se refiere el litigio, por lo cual el pacto arbitral no se ve afectado por los hechos que determinan la extinción e invalidez o suspenden la eficacia del contrato. De otra parte, este principio también puede conducir a que el pacto arbitral se encuentre sujeto a una ley distinta a la que regula el contrato principal e incluso,

---

<sup>74</sup> CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”. En: “El Contrato de Arbitraje”, Legis S.A., Universidad del Rosario, Bogotá, D.C., Colombia, 2005, pág. 90.

en la posición de la jurisprudencia francesa, puede no encontrarse sujeto a una ley determinada”<sup>75</sup>.

En primer lugar, el principio de autonomía del convenio arbitral “se funda en la necesidad de asegurar la eficacia del pacto arbitral y evitar que a través de la simple invocación de una nulidad, que puede no estar fundada y además puede no poderse apreciar a primera vista, una parte pretenda sustraerse al pacto arbitral que ha celebrado... cuando en un contrato se incluye un pacto arbitral en el fondo se realizan dos actos jurídicos, el contrato principal y el pacto arbitral. Desde este punto de vista, el principio de autonomía es un desarrollo de la doctrina y jurisprudencia que señala que en un mismo documento pueden coexistir dos contratos, bien sea totalmente independientes o con dependencia recíproca o unilateral”<sup>76</sup>.

En segundo lugar, si se ha afirmado que el convenio arbitral constituye un acuerdo distinto al contrato principal de la forma parte o al cual se refiere, entonces no hay duda que el contrato y el convenio arbitral pueden someterse a leyes distintas. Como afirma Fernando AGUILAR: “En definitiva, esta vertiente alude a la distinción que puede presentarse entre leyes aplicables a la cláusula arbitral y al contrato o relación jurídica que la contiene, y tiene importancia, por ejemplo, cuando cierta materia resulta arbitrable en el derecho nacional de un país, cuya ley las partes han elegido para su aplicación a los derechos emergentes del contrato, y no es arbitrable en el país de la sede del Tribunal arbitral. (...). En su versión extrema, la autonomía normativa postula la total desvinculación o ‘deslocalización’ de la cláusula arbitral y, por ende, del procedimiento arbitral, respecto de cualquier ordenamiento jurídico nacional”<sup>77</sup>.

En tercer lugar, otro aspecto que debe tenerse en cuenta con respecto a la autonomía del convenio arbitral es su separabilidad con respecto al contrato que a su

<sup>75</sup> CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Ob. Cit.* pág. 79.

<sup>76</sup> CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Ob. Cit.* pág. 86.

<sup>77</sup> AGUILAR, Fernando. “La autonomía del acuerdo arbitral”. En: *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo I (El Convenio Arbitral), Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, pág. 26-27.



vez surge entre las partes y el árbitro o el tribunal arbitral. Como afirma CARDENAS MEJÍA: “Es claro que dicho contrato y el pacto arbitral son independientes, pues el pacto arbitral determina el objeto del litigio, en tanto que el contrato con el árbitro determina la misión de este (...) aún antes de haberse celebrado el contrato con el árbitro, el pacto arbitral produce efectos, como es la incompetencia del juez ordinario. El pacto arbitral existe por consiguiente antes de que exista el convenio con el árbitro. De otra parte, aún en el caso en que el pacto arbitral no sea válido puede existir el convenio con el árbitro, el cual le permitirá al mismo actuar y declararse incompetente”<sup>78</sup>.

En nuestra Ley de Arbitraje el principio de autonomía del convenio arbitral se encuentra reconocido en el artículo 41 el cual dispone que: “2. *El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral (...)*”.

Respecto, al principio en comento, Carlos A. SOTO COAGUILA concluye que: “Conforme lo dispone la nueva Ley de Arbitraje, el convenio arbitral puede adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (artículo 13.2). Por lo tanto, el convenio arbitral puede estar contenido en una cláusula dentro de un contrato (obra, suministro, distribución, etc.) o puede constar en un acuerdo independiente (adenda) separado de dicho contrato. El hecho de que el convenio arbitral esté contenido en una cláusula del contrato no debe entenderse e interpretarse que el mismo es accesorio de éste. Julio César RIVERA sostiene que la cláusula arbitral no es un accesorio del contrato principal, sino que es

<sup>78</sup> CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Ob. Cit.* pág. 101.

propiamente un contrato dentro del contrato por lo que se predica su autonomía'. Por su parte, VIDAL RAMÍREZ sostiene que 'el convenio arbitral es un acto jurídico que tiene siempre el carácter de principal, conste o no en un documento destinado exclusivamente a servirle de contenido'<sup>79</sup>.

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

Ello es así, por cuanto el artículo 63 de la Ley de Arbitraje regulando respecto de las causales de anulación del laudo arbitraje establece que: "1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz (...)"

### **1.2.3.2. La autonomía del arbitraje y la independencia e imparcialidad de los árbitros como garantías para una debida justicia arbitral**

Hablar de la autonomía del arbitraje no es lo mismo que la autonomía del convenio arbitral, ya referido. Claro que este último principio tiene su sustento en aquel. Más, la autonomía del arbitraje tiene sustento constitucional, como veremos más adelante; en tanto a que el principio de autonomía del convenio arbitral constituye una manifestación de la autonomía del arbitraje.

La autonomía del convenio arbitral lo es en relación al contrato principal de la que forma parte o la que haga referencia. Más la autonomía del arbitraje lo es en relación con otros mecanismos de solución de conflictos que puedan interferir en el

---

<sup>79</sup> SOTO COAGUILA, Carlos A. y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011, pág. 170.

arbitraje, particularmente con la función jurisdiccional. He aquí la relevancia de este principio en comento.

La autonomía del arbitraje es una cuestión que no puede discutirse. Es imposible la existencia y operatividad de la justicia arbitral sin el reconocimiento de su autonomía con relación a la función jurisdiccional.

Como afirman Fernando CANTUARIAS SALAVERRY y Roque J. CAIVANO: “Esta autonomía se justifica, en primer lugar; por su génesis. El arbitraje es, naturalmente, un producto de la libertad contractual: las partes, en el ámbito de sus derechos disponibles, estipulan que las controversias que a ellos se refieran serán resueltas por árbitros, desplazando de ese modo la intervención del Poder Judicial. Así, quienes se someten a arbitraje expresamente inequívocamente su anhelo de no ser juzgados por los tribunales estatales. Pero, adicionalmente, la necesidad de autonomía se apoya en razones funcionales: la excesiva interferencia socava la eficacia del arbitraje”<sup>80</sup>.

El Tribunal Constitucional ha reconocido a su vez la autonomía del arbitraje al sostener que: “La autonomía es entendida como el respeto, al interior del propio órgano, del desarrollo de sus funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública. Esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a) como garantía de la administración de la administración de justicia; b) como atributo del propio [árbitro]. Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el [árbitro] se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza o influencia política”<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, Edit. Magna, Lima, 2008, pág. 46.

<sup>81</sup> STC N° 2465-2004-AA-TC. Ver sentencia en:

Este trascendental principio deriva de la consagración (según el Constituyente) del arbitraje como jurisdicción y como una de las excepciones a la exclusividad de la función jurisdiccional. El artículo 139° de nuestra Carta Magna establece que: *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 (...).*

Asimismo, de modo más claro y categórico, se encuentra a su vez recogido en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje en los siguientes términos:

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

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

Fernando CANTUARIAS SALAVERRY y Roque J. CAIVANO, comentando el artículo 3 de la Ley, afirman que: “[E]l contundente artículo 3 postula la autonomía del arbitraje en términos inequívocos al establecerla no sólo como un principio, sino como un derecho de la función arbitral. Allí se señala que en los

---

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02465-2004-AA.html>

asuntos que se rijan por ella “no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga (numeral 1), así como que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones (numeral 2) y plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo (numeral 3). Reforzando estos principios, el mismo artículo concluye asegurando que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo y que cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad”<sup>82</sup>.

Sin embargo, citando a José María CHILLÓN MEDINA y José Fernando MERINO MERCHÁN reconocen a su vez que: “[e]sa autonomía no puede ser total: algún grado de control judicial de los laudos es inevitable. La naturaleza jurisdiccional de las funciones atribuidas a los árbitros y el efecto de cosa juzgada que tiene sus decisiones, justifican que el Poder Judicial, obligado por el legislador a ejecutar compulsivamente los laudos arbitrales como si se tratase de sus propias sentencias, se reserve una cuota de supervisión. Aunque ese control no debe ser invasivo de las facultades de los árbitros, no es lógico exigir al Estado que comprometa la cooperación y el auxilio de sus tribunales judiciales para ejecutar forzosamente los laudos arbitrales –que ponga su imperium al servicio de los árbitros-, sin reservarse la atribución de revisar que lo decidido por éstos reúna las condiciones mínimas indispensables para merecer esa protección legal. En esa constante lucha entre autonomía y subordinación, han sido formidables los avances en favor de la autonomía, aunque sin llegar al extremo de una total independencia. A

---

<sup>82</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, Edit. Magna, Lima, 2008, pág. 48.

nuestro juicio, la Ley de Arbitraje logra combinar, acertadamente, una amplia autonomía con una adecuada dosis de supervisión judicial (...)”<sup>83</sup>.

Otra de las manifestaciones de la autonomía del arbitraje es el llamado **principio del kompetenz - kompetenz**, en virtud del cual es el propio tribunal arbitral el facultado para decidir sobre su propia competencia. Como afirma Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA: *“No se recurre a otra instancia –por ejemplo, el Poder Judicial- para definir la competencia, sino que se permite que se resuelva el problema dentro del propio arbitraje por los árbitros; y esta decisión es inapelable. Es a esto que se denominó, en su formulación alemana, el principio Kompetenz-Kompetenz, que no significa otra cosa que competencia respecto de la propia competencia, pero que se ha convertido en una expresión de moda dentro de la comunidad arbitral internacional”*<sup>84</sup>.

Por su parte Roque CAIVANO nos recuerda que la expresión *kompetenz-kompetenz* se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando ésta haya sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto<sup>85</sup>.

Como resalta el propio DE TRAZEGNIES: *“Este es un tema importante porque constituye una de las más usuales puertas de acceso para burlar un proceso arbitral, que puede utilizar un demandado de mala fe: basta alegar que el convenio arbitral es nulo o que ha perdido su vigencia o que se refiere a un contrato distinto, para sostener que el tribunal arbitral no tiene competencia y promover consecuentemente el traslado de la controversia al Poder Judicial”*<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. *Ob. Cit.* pág. 47.

<sup>84</sup> Ver en *“Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”*, Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González, Lima, 2011, pág. 30-31.

<sup>85</sup> CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Ad Hoc S.R.L. & Vilela Editor, Buenos Aires, 2000, págs. 159 – 160.

<sup>86</sup> Ver en *“Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”*, Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González, Lima, 2011, pág. 30.

Al respecto la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

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

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

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

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

Otra manifestación de la autonomía del arbitraje lo constituye el llamado **principio del favor arbitralis o favor arbitris**, en virtud del cual existe tanto en la legislación como en la jurisprudencia un trato privilegiado hacia la institución del arbitraje desde varios planos. Así por ejemplo hay en la Ley de Arbitraje una clara tendencia a proteger de modo especial la libertad de las partes a someter el conflicto a arbitraje, así como del favorecimiento a la competencia de los árbitros, libertad de las partes en el establecimiento y diseño del procedimiento arbitral, a un trato privilegiado en el sistema recursivo contra el laudo y en la ejecución del mismo.

Al órgano de control legal o constitucional del arbitraje le está vedada la posibilidad de entrar a conocer el fondo del asunto con lo que se protege de este modo el laudo el cual adquiere la calidad de cosa juzgada, es decir, decisión definitiva, inapelable y de cumplimiento obligatorio (Artículo 59 de la Ley de

Arbitraje). Asimismo, no existe posibilidad de una doble instancia contra el fallo del árbitro, sino solo cabe la interposición de recurso de anulación, pero bajo determinadas causales específicamente previstas en la ley. En suma existe toda una potenciación del arbitraje a través de la ley y de la propia Constitución.

La Constitución Política en relación a este principio establece que:

*Artículo 62.- Libertad de contratar*

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

*Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia*

*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...).*

Y la Ley de Arbitraje establece por su parte:

*Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.*

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

Otra manifestación importante de la autonomía del arbitraje, y constituye a su vez una garantía para una debida justicia arbitral, es la **independencia** e



**imparcialidad que los árbitros (o el tribunal arbitral)** deben gozar en el cumplimiento de la función arbitral.

Como nos lo recuerda el profesor Carlos Alberto MATHEUS LÓPEZ: *“Conviene precisar que la noción de independencia posee un carácter objetivo e importa una situación de no dependencia, factual o jurídica, en relación con los sujetos parciales del arbitraje. En cambio, la imparcialidad –que se observa en relación al litigio- es una noción de carácter subjetivo que consiste en no ser parcial o en actuar como prevenido dejándose invadir por opiniones preconcebidas y circunstancias extrañas a las cuestiones planteadas en el proceso arbitral”*<sup>87</sup>.

El artículo 3 de la Ley de Arbitraje lo asume como una garantía de la justicia arbitral al disponer que: *“2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones (...) 4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad”*.

Y el artículo 28 de la Ley que dispone que: *“1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. 2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados. 3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar*

---

<sup>87</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Introducción al Derecho de Arbitraje*. Semper Veritas Ediciones – Instituto Vasco de Derecho Procesal, Lima, 2006, págs. 102-103.

a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley. 4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos. 5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento”.

Como nos lo recuerda Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, comentando este último artículo, las situaciones que puedan vulnerar o poner en duda la independencia e imparcialidad de los árbitros son en general identificadas como casos de “conflicto de intereses” y constituyen motivos de abstención y de recusación de los árbitros. Sin embargo, la Ley de Arbitraje no ha precisado los casos taxativos de existencia de tales conflictos. En el caso de arbitrajes institucionales no existe problemas mayores, por cuanto las institucionales a cargo incluyen en sus reglamentos normas específicas al respecto. Algunas de estas instituciones tienen además Códigos de Ética que precisan en mayor grado este tipo de circunstancias<sup>88</sup>. Sin embargo, el problema mayor se da con el arbitraje *ad-hoc*. Consideramos que en tales casos, corresponde a los árbitros actuar con rectitud y entereza que el cargo exige.

El profesor DE TRAZEGNIES GRANDA sin embargo recomienda para la identificación de casos de recusación y abstención los Lineamientos de la International Bar Association como método ingenioso y convincente: “distinguen entre varias situaciones que puedan llevar a una recusación dentro de ciertas circunstancias, según el grado de alerta que corresponde a cada situación presuntamente conflictiva. Así, ese documento clasifica los conflictos potenciales en los siguientes tres grandes tipos, que van de más a menos: (a) La Lista Roja contiene situaciones concretas que a cualquier tercera persona ajena al problema pueden darle dudas justificadas sobre un árbitro respecto del caso específico, ya que existe un

---

<sup>88</sup> Ver en “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”, Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González; Lima, 2011, pág. 341.

conflicto de interés objetivo. Fundamentalmente, esta Lista corresponde a la existencia de identidades entre árbitros y partes contrariando el principio de que nadie puede ser juez en sí mismo. En estos casos, el árbitro está obligado a inhibirse de conocer la causa; y, si no lo hace, será recusado (...). (b) La Lista Naranja contiene situaciones que pueden ser vistas cuando menos por las partes como dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro; es decir, a diferencia de los casos comprendidos en la Lista Roja, aquí el supuesto conflicto no es objetivo sino que puede dar lugar a desconfianza o irritación de una de las partes en el arbitraje, sensibilizada con el caso. Sin embargo, pese a no tratarse de un conflicto objetivo, el árbitro debe ponerse en la situación de las partes y hacer una declaración de las circunstancias que pudieran ser mal vistas por ellas. Pero estas circunstancias no la habilitan automáticamente, por el contrario, ese árbitro puede quedar tácitamente legitimado si las partes no lo objetan dentro de un cierto plazo (...). (c) La Lista Verde contiene circunstancias en las que no aparece ningún conflicto actual desde el punto de vista de un observador imparcial. Por consiguiente, el árbitro no tiene obligación de declarar nada. Como puede verse, la Lista Roja corresponde a casos en los que notoriamente existe un conflicto de interés, visto por cualquier tercero. En el otro extremo, la Lista Verde describe aquellos casos que no deben ser confundidos con conflictos de interés. Y la Lista Naranja está constituida por una franja intermedia de casos de conflicto de interés de menor gravedad que no son considerados tales si ninguna de las partes presenta objeción (...)<sup>89</sup>.

### 1.2.3.3. La disponibilidad de los derechos o el conflicto disponible como objeto del arbitraje

Dada su naturaleza potestativa, el arbitraje debe tener por objeto la resolución de controversias o conflictos de intereses de naturaleza disponible ya sean presentes o futuras. La Ley de Arbitraje dispone al respecto en el artículo 2 que: *1. Pueden*

---

<sup>89</sup> Ver en “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”, Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González; Lima, 2011, págs. 345-346.

*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.*

José María ROCA MARTÍNEZ afirma que: “Los conflictos intersubjetivos que con el arbitraje pueden solucionarse han de ser de naturaleza disponible, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a derecho, porque cuando son absolutamente dueñas de los derechos subjetivos materiales que se discuten en el conflicto, no se les puede constreñir a impetrar su tutela ante los tribunales y, por el contrario, cuando no exista dicha disponibilidad, habrá de acudirse necesariamente al proceso para obtener la solución del conflicto”<sup>90</sup>.

Comentando esta disposición de la Ley, Fernando CANTUARIAS SALAVERRY precisa que las cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje es lo que se denomina como “arbitrabilidad objetiva”<sup>91</sup>. “Como bien señalan LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN, “[l]os términos poder de disposición –libre disposición son [...] aquellos sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas, esto es, la potestad normativa creadora que, a través del negocio jurídico, expresión de ese poder o libertad y fuente de disposiciones, reglamentaciones o normas privadas, el Ordenamiento reconoce y ampara, en tanto se ejercite sobre el ámbito que previamente le señala y que es el representado por los propios intereses de las partes negociales o, en términos negativos, en tanto no recaiga sobre materia sustraída a la autoregulación de los particulares, ya de todos –disponibilidad absoluta-, ya de aquellos que dictan lex privata sobre asuntos que solo pueden ser reglamentados con los negocios celebrados

<sup>90</sup> ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. José María BOSCH Editor S.A., Barcelona, 1992, pág. 29.

<sup>91</sup> La denominada “arbitrabilidad subjetiva” en cambio hace alusión a las personas que pueden acudir al arbitraje, es decir, aquellas personas físicas o jurídicas, que precisamente pueden disponer libremente de sus derechos, excluyéndose de este modo a los incapaces.

por otros –disponibilidad relativa[....] ´esta referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales, con o sin contenido patrimonial. La Ley de Arbitraje se inscribe así en la tendencia mundial de ampliar al máximo el ámbito de las materias arbitrables y por ello evita enumerar una lista de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje”<sup>92</sup>.

En todo caso, a modo de ejemplo, no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje las siguientes cuestiones:

- Cuestiones que atentan contra la moral o las buenas costumbres.
- Reclamaciones referidas a delitos o faltas. Esto es en lo relativo a la persecución penal, por cuanto si pueden ser materia arbitrable las cuestiones relativas a la reparación civil derivados de los delitos y faltas.
- Cuestiones referidas al estado y la capacidad civil de las personas.
- Integración y modificación de contratos.
- Patentes y marcas.
- Reestructuración Patrimonial.
- Controversias referidas a la Libre Competencia.
- Controversias referidas al Derecho Laboral<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Véase en: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I, Carlos Alberto SOTO COAGUILA y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (Coordinadores), Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, pág. 8-9.

<sup>93</sup> A este respecto, el profesor CANTUARIAS SALAVERRY precisa que: “No siempre es posible someter a arbitraje cuestiones referidas al Derecho Laboral, ya que se considera que las disposiciones laborales al proteger a los empleados y obreros convierten a estos derechos en no disponibles y, por lo tanto, su conocimiento corresponde al Poder Judicial. En todo caso, son cada vez más los Estados (como es el caso del Perú) que habilitan la vía arbitral para la solución de controversias laborales, aunque debemos de aclarar que alrededor de los procesos arbitrales laborales las legislaciones suelen tejer un entramado de disposiciones de orden público que muchas veces convierten al arbitraje en una especie de ‘proceso judicial’, utilizan la vía arbitral como parte de una estrategia mayor de incentivo a la solución pacífica de las controversias laborales y, además, reducen drásticamente la autonomía de la voluntad de las partes en aras de proteger lo que los laboristas llaman la parte ‘débil’ de la relación laboral; es decir, los trabajadores. De esta manera, consideramos que el Arbitraje Laboral se nutre de principios y disposiciones diferentes a los que están presentes en la Ley de Arbitraje, razón por la cual las similitudes entre uno y otro son escasas”. Ver

Para finalizar, cabe precisar que la doctrina reconoce a su vez la existencia de una disponibilidad civil o sustantiva y una disponibilidad adjetiva, procesal o jurisdiccional. En virtud a ello, la libre disponibilidad tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material; mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal, en el sentido de que para que se considere que una pretensión es arbitrable, las partes deben además no tener impedimento legal para someterla a arbitraje. Así, sólo son arbitrables aquellas materias que están a libre disposición de las partes, lo que excluye las normas imperativas o los ámbitos especialmente excluidos del arbitraje. La libre disponibilidad significa que las partes han de tener la libre disposición en torno a la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de poder someter su disputa a arbitraje, es decir, que esta fórmula de solución no le esté vedada, como sucedería si existiese una norma concreta en la legislación mercantil que expresamente prohibiese el recurso de arbitraje. En este caso, el estado estaría literalmente prohibiendo la arbitrabilidad de determinadas materias, al imponer la vía jurisdiccional como único cauce de resolución de determinadas categorías de disputas<sup>94</sup>.

De igual manera, la disponibilidad de los derechos constituye elemento esencial o fundamental del arbitraje y es lo que permite la procedencia del arbitraje, es lo que justifica el sometimiento de las partes a la justicia privada del arbitraje y su exclusión de la justicia estatal. Es el elemento que justifica el poder de donde emana para que los árbitros puedan impartir justicia conforme a derecho y a su leal saber, es lo que justifica la prohibición de parte de los órganos jurisdiccionales de no injerencia en la justicia arbitral, el cual básicamente pasa por la prohibición de

---

en: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I, Carlos Alberto SOTO COAGUILA y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (Coordinadores), Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, págs. 14-15.

<sup>94</sup> Comentarios basados en “*Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?*” De CASTILLO FREYRE, Mario, VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, SABROSO MINAYA, Rita. *Actualidad Jurídica*, N° 177, Lima, Gaceta Jurídica, Agosto 2008, págs. 31-35.

Ver también en: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Primera Parte, a cargo de CASTILLO FREYRE, Mario, VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, SABROSO MINAYA, Rita. *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre*, Vol. 25, ECB Ediciones – Thomson Reuters, Lima, 2014, págs. 53-59.

injerencia para resolver la cuestión de fondo del asunto materia de arbitraje, el cual – precisamente- en virtud de la disponibilidad de los derechos, es potestad exclusiva y excluyente del tribunal arbitral, sin perjuicio de las facultades control que fuera de estos muros pueda y deba ejercer los órganos jurisdiccionales.

Sin este elemento esencial no hay arbitraje. Es así que el artículo 63 de la Ley de Arbitraje regulando respecto de las causales de anulación del laudo arbitraje establece que: “1. *El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...) d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión. e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional. f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional (...).*”

#### **1.2.3.4. El procedimiento como el instrumento de realización del arbitraje**

La realización del arbitraje requiere necesariamente de un instrumento jurídico que es el procedimiento arbitral<sup>95</sup>, éste puede ser conceptualizado como el conjunto de actos jurídicos (de naturaleza parecida a las que se desarrolla en un proceso jurisdiccional) y actividades complementarias (no necesariamente procesales como son los actos de gestión, administración de la institución arbitral), pero que todos

<sup>95</sup> Aquí hacemos deliberadamente referencia a “procedimiento arbitral” y no a “proceso arbitral”, pues en la doctrina tanto procesal como arbitral existen diferencias entre ambas categorías, correspondiendo la denominación “proceso” a la que realizan los órganos jurisdiccionales en cumplimiento de la función jurisdiccional, en tanto a que la denominación “procedimiento” estaría reservada a los actos propios de órganos no jurisdiccionales, tanto de la Administración como del arbitraje. Aunque como bien señala Luis PUGLIANINI GUERRA, el Decreto Legislativo N° 1071 (que norma el Arbitraje) no utiliza el término “procedimiento” sino el de “actuaciones arbitrales”, siendo a que “esta decisión del legislador obedece a la finalidad de evitar equiparaciones con el proceso judicial o con el procedimiento administrativo”. Ver al respecto, PUGLIANINI GUERRA, Luis. *Arbitraje. La relación partes-árbitro*. En *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre*, Vol. 19, Palestra Editores, Lima, 2012, págs. 189 – 197.

ellos se realizan de modo dialéctico y concatenado pues están destinados al logro de una finalidad concreta cual es la realización de la justicia arbitral que las partes esperan de la institución del arbitraje, del árbitro y de sus colaboradores.

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

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

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

Sin embargo, la importancia de la mención del procedimiento arbitral en el presente punto, es que en dicho procedimiento los sujetos partícipes (árbitro, partes,



institución arbitral, secretaría arbitral, terceros, peritos, etc.) al realizar los actos procedimentales arbitrales correspondientes pueden a su vez afectar derechos fundamentales de las personas o afectar incluso los bienes y valores constitucionales que sustentan propiamente al arbitraje. Particularmente, en cuanto a la actividad de los árbitros, estos en el desarrollo del procedimiento arbitral, realizan permanentemente la aplicación del derecho o bien efectúan actos de decisión en relación a derechos e intereses de los sujetos intervinientes. De este modo la justicia arbitral no solo se espera o se logra con el laudo arbitral, sino también con los actos procedimentales destinados al arribo del laudo y con los actos de su ejecución.

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

Para culminar, Antonio María LORCA NAVARRETE citando a ÁLVAREZ PÉREZ afirma que: "... las normas procesales que rigen el proceso arbitral, que tienen una amplia libertad de trámite, precisamente porque es uno de los medios substitutivos del proceso propiamente dicho, y por ello está libre de los requisitos, trabas y complicaciones propias del mismo, pero no por ello puede desarrollarse

anárquicamente, sino con sujeción a unas normas mínimas que garanticen la igualdad de las partes, eviten la indefensión de alguna y consigan el cumplimiento del principio de audiencia a todas. Por eso las normas que se refieren a las partes, es decir, a las personas que han acordado someter sus diferencias a esta instancia extrajudicial”<sup>96</sup>.

Este elemento del arbitraje es también fundamental en el arbitraje. Es a través de un procedimiento que el arbitraje arriba a sus propósitos: la solución justa y equitativa del conflicto inter privados. Este procedimiento debe estar premunido necesariamente de mínimas garantías para el arribo de dichos propósitos, es decir, ser un proceso debido.

Es por ello que también el artículo 63 de la Ley de Arbitraje lo contempla como una de las causales de anulación del laudo, al disponer que:

*“1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...) b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo (...)”.*

---

<sup>96</sup> LORCA NAVARRETE, José María. *La garantía de las actuaciones arbitrales y su jurisprudencia. Principios informadores y prueba de las actuaciones arbitrales*. AECID-Instituto Vasco de Derecho Procesal, País Vasco, España, 2010, pág. 24.

### 1.2.3.5. El laudo arbitral como plasmación de la justicia arbitral

Si la causa-fin del arbitraje es la impartición de justicia entre los sujetos que optaron por este medio de solución de controversias y la sustracción de la función jurisdiccional que despliega el Estado, pues bien este propósito tiene su aterrizaje jurídico-formal en el llamado laudo arbitral.

Como afirman MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA: “La actividad del árbitro culmina cuando, resolviendo sobre la pretensión, dicta su resolución, que recibe el nombre de laudo arbitral por contraposición con el de sentencia, que se reserva a las resoluciones que se dictan por los órganos del Poder Judicial, aunque es manifiesto el paralelismo entre una y otra, pudiendo tanto aquél como ésta ser puramente declarativo, declarativo de condena y constitutivo... puede definirse el laudo como ‘el acto del árbitro por el cual emite un juicio vinculante para las partes en el proceso y resolutorio para el conflicto residenciado ante él’, esto es, el laudo arbitral es la expresión formal de la decisión adoptada por el árbitro para resolver la cuestión litigiosa y que los litigantes vienen obligados a aceptar por mor del pacto arbitral que las vincula, o dicho de otra forma, el laudo es el acto del árbitro en el que se decide sobre la cuestión de fondo sometida. Por ello el laudo constituye el punto culminante del proceso arbitral en cuanto que, a través de él, el árbitro pone fin a la controversia de la que conoce y, con ello, restablece el equilibrio entre las partes contendientes”<sup>97</sup>.

Y, como agregan Mario CASTILLO FREYRE, Rita SABROSO MINAYA y otros comentando la Ley de Arbitraje: “El laudo arbitral, no sólo es la parte central de todo el proceso, sino también su parte más emblemática, porque es aquella que resume no sólo todo lo actuado en el proceso, sino también es la meta, el objetivo al que esperan llegar tanto las partes como los árbitros a efectos de poner fin al proceso. ...[c]abe señalar que el laudo arbitral no es, de ninguna manera, una acción mecánica

---

<sup>97</sup> MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera Edición, Thomson – Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 648.

que realice el tribunal arbitral. El laudo implica una actividad de razonamiento lógico-jurídico (en el caso de un arbitraje de conciencia, se podrá prescindir del aspecto jurídico) sobre todo lo actuado, con el objeto de que el resultado se plasme en una resolución denominada laudo arbitral (...)”<sup>98</sup>.

Los profesores Fernando VIDAL RAMÍREZ y Fernando CANTUARIAS SALAVERRY afirman a su vez que: “[n]osotros consideramos que una correcta definición de laudo, es la propuesta por MANTILLA-SERRANO: ‘Puede ... considerarse laudo toda decisión tomada por los árbitros, después de haber considerado los argumentos de las partes y analizado minuciosamente los fundamentos invocados por ellas, que de manera definitiva y motivada ponga fin a una cuestión litigiosa que las partes les han sometido, relacionada con el fondo del asunto’”<sup>99</sup>.

Como afirman Mario CASTILLO FREYRE y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE: “[a]unque pueda parecer una verdad de Perogrullo, el laudo no es una sentencia. No hay laudos en los procesos ordinarios. No hay laudos en la administración de justicia del Estado. No los hay ni nunca los habrá. El laudo es propio del Derecho de arbitraje (...), el arbitraje es una administración de justicia absolutamente peculiar. Por lo pronto, en el arbitraje no hay pluralidad de instancia si entendemos aquella que se produce en el mundo de las realidades... En el arbitraje existe simplemente el laudo. Por eso que es absoluto, definitivo, último y, por lo tanto, cierra el proceso arbitral (...) El carácter privado del arbitraje explica también el porqué el laudo pone fin a la jurisdicción arbitral. Cumplido el objeto del contrato de arbitraje entre las partes y los árbitros, éstos quedan automáticamente desposeídos de los poderes

---

<sup>98</sup> Ver también en: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Segunda Parte, a cargo de CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita, CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 25, ECB Ediciones – Thomson Reuters, Lima, 2014, pág. 860.

<sup>99</sup> Ver en: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I. Carlos Alberto SOTO COAGUILA y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (Coordinadores). Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, pág. 601.

jurisdiccionales que las partes, permitidas por la ley –nunca hay que olvidarlo-, les otorgaron para resolver una controversia determinada (...).”<sup>100</sup>.

En puridad se puede decir que el laudo arbitral es en esencia la resolución o decisión que dentro del trámite del procedimiento arbitral dicta el árbitro o tribunal arbitral. En este sentido la doctrina distingue varios tipos de laudos; a saber:

- a) Laudos parciales.- Es aquél que finaliza sobre una parte del objeto de litigio, es decir sobre uno de los puntos de la demanda o contratación<sup>101</sup>. El Artículo 37° de la Ley de Arbitraje dispone que: “1. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios (...)*”.
- b) Laudos definitivos o firmes.- Es el que dispone de todo los puntos legales en controversia sometidos al tribunal arbitral y cualquier otra decisión de tribunal arbitral que determine en forma definitiva cualquier cuestión, sustancia, de su competencia.
- c) Laudos de derecho y de equidad.- Son aquellos en las que el árbitro decide el caso ya sea de acuerdo al ordenamiento jurídico o ya sea de acuerdo a su conciencia o equidad (justicia, razón) pero no estando obligado a sustentarla jurídicamente más si debe exponer las razones que conducen a la decisión adoptada.
- d) Laudo por acuerdo de las partes.- Si durante el procedimiento arbitral las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal

<sup>100</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Biblioteca de Arbitraje, Volumen 1, Editores Palestra – Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007, págs. 241-242.

<sup>101</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa, México, 2008, pág. 385.

arbitral no se opone, elevará el acuerdo a la categoría de laudo. Un laudo por acuerdo de las partes tendrá la misma naturaleza y efectos que un laudo definitivo dictado sobre el fondo del litigio.

En cuanto a la estructura del laudo, tal estructura formal “se suele corresponder básicamente con las de la sentencia judicial, aunque el árbitro goza de libertad para dar al laudo la forma que estime conveniente, con tal que aparezca motivado –salvo que las partes hayan autorizado otra cosa- y se exprese con claridad su fallo... El laudo es formalmente hablando, aquel acto del órgano arbitral en que éste emite un juicio resolviendo una controversia, y en virtud del cual, o bien satisface una pretensión por su conformidad con el derecho objetivo, o bien creando, modificando o extinguiendo una situación dada... El Laudo Arbitral es un acto decisorio similar a una Sentencia, pero no es cabalmente una sentencia, en cuanto pone fin a un proceso de arbitraje que resuelve un conflicto entre partes y que se manifiesta externamente por un acto de voluntad del árbitro...”<sup>102</sup>.

Al respecto, la Ley de Arbitraje no define el laudo arbitral, mas dispone sus principales características; a saber:

*Artículo 59.- Efectos del laudo.*

- 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.*
- 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.*
- 3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte*

<sup>102</sup> MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera Edición, Thomson – Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 649.

*interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67<sup>103</sup>.*

*Artículo 60.- Terminación de las actuaciones.*

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

*2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:*

- a. Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.*
- b. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.*
- c. Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.*

*Artículo 55.- Forma del laudo*

*1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.*

---

<sup>103</sup> Como señalan Mario CASTILLO FREYRE, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALAN, citando ellos también a José Francisco MERINO MERCHÁN y José María CHILLÓN MEDINA: “La doctrina ha señalado que la cosa juzgada generará efectos procesales y sustantivos. Así, el efecto de la cosa juzgada formal de los laudos arbitrales es la firmeza o imposibilidad de acatar en vía de recurso la decisión tomada, y permitiendo, en definitiva, la eficacia de la cosa juzgada materia y la ejecutabilidad de lo fallado (...). Respecto a los efectos procesales o formales del laudo arbitral, éste se trata de un acto procesal último; el que determina la culminación del arbitraje mismo. El efecto sustantivo o material más importante, claro está, es que pone fin al conflicto o disputa, disponiendo el cumplimiento obligatorio del mandato o mandatos en él contenidos”. Ver en: “Arbitraje. Comentarios a la Ley de Arbitraje”. Segunda Parte, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 26, ECB Ediciones - Thomson – Reuters, Lima, 2014, pág. 932.

2. Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.

#### Artículo 56.- Contenido del laudo

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.

2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> Respecto a la motivación de los laudos arbitraje, resulta oportuno citar al Magistrado Julio Martín WONG ABAD quien en una reciente publicación (*“La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la Jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial”*. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2013, pág. 77-87) quien manifiesta que: “La posibilidad de que los árbitros se encuentren exonerados de motivar el laudo por acuerdo de las partes se encontraba prevista en la anterior ley de arbitraje únicamente para el caso del arbitraje internacional (...). Algunos justifican la posibilidad de esta renuncia [a la motivación] en la ‘ausencia de jurisdiccionalidad de la función arbitral’, tal vez impresionados por afirmaciones tan contundentes como esta de IACOVIELLO: *“Dunque, non c’è giurisdizione senza motivazione...”*. Sin embargo, creemos que no existe obstáculo, para nosotros, en la naturaleza de los derechos sustantivos que han sido sometidos a la decisión de la jurisdicción: los derechos que han sido sometidos voluntariamente a una decisión inmotivada son derechos disponibles que podrían ser, siguiendo el deseo de su titular, donados, abandonados o, incluso, destruidos. Si esto es así, si la naturaleza disponible de los derechos permite sujetarlos incluso a la suerte, no observamos razón alguna para que no puedan quedar sujetos al arbitrio de una persona que ha sido elegida por la confianza que en ellas depositan las partes. Como sostiene también CANTUARIAS: ‘... entendemos que es un derecho de todo individuo el saber las razones por las cuales ganó o perdió un caso. Pero, recalcamos, es su derecho, por lo que no entendemos por qué este derecho deba considerarse como uno de orden público, que no permita a una persona decidir libremente si quiere o no que su fallo arbitral sea motivado’ (...). Por consiguiente, dentro de los límites del arbitraje, el derecho fundamental a la motivación de las resoluciones jurisdiccionales puede ser renunciado con las limitaciones que desarrollaremos más adelante”.



*Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia.*

- 1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.*
- 2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.*
- 3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.*
- 4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.*

*Artículo 63.- Causales de anulación.*

- 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...)*
  - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.*
  - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.*
  - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.*
  - g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral (...).*

### 1.2.3.6. La ejecutabilidad y ejecución del laudo como garantías de la efectividad de la justicia arbitral

La ejecutabilidad o cualidad ejecutable del laudo es otra de las características jurídicas del arbitraje. Esta característica deriva de la calidad de cosa juzgada que el laudo arbitral tiene al ser expedido y notificado a las partes. La decisión contenida en el laudo arbitral es -al igual que una sentencia judicial expedida en última instancia- una decisión definitiva, irrecurable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Más, en tanto a que la sentencia judicial definitiva tiene que transitar por un largo y azaroso camino desde que es expedida en primera instancia hasta arribar a una decisión definitiva (apelaciones, nulidades, casación, nulidad de cosa juzgada fraudulenta); el laudo arbitral en cambio con pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido es siempre una decisión única, definitiva, inapelable o irrecurable y por ende goza inmediatamente de los efectos de la cosa juzgada, adquiriendo la calidad ejecutable y es de ineludible cumplimiento.

La ley de Arbitraje reconoce tal calidad al disponer que:

*Artículo 59.- Efectos del laudo.*

- 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.*
- 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.*
- 3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67.*

La cualidad ejecutable del laudo arbitral conduce a su vez a que el ordenamiento jurídico reconozca o le otorgue la calidad de *título ejecutivo* al documento y acto que lo contiene y la obligación en él contenida podrá ser exigido judicialmente a través del Proceso Único de Ejecución siempre que contenga una obligación, cierta, expresa y exigible, líquida o liquidable en caso de tratarse de obligación dineraria. Así, lo establecen los artículos 688 y 689 del Código Procesal Civil<sup>105</sup>.

La firmeza del aludo exigida por ejemplo en el artículo 688° inciso 2 del Código Procesal Civil para la procedencia de su ejecución se refiere entonces no a que el laudo se encuentre consentida o ejecutoriada sino que sobre él no se haya interpuesto pedido de rectificación, interpretación o integración en el procedimiento arbitral<sup>106</sup>. Empero, fuera de esta posibilidad, el laudo desde su notificación a las partes es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento.

<sup>105</sup> CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

*Artículo 688.- Títulos ejecutivos.- Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:*

1. *Las resoluciones judiciales firmes;*
2. *Los laudos arbitrales firmes (...).*

*Artículo 689.- Requisitos comunes.- Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.*

<sup>106</sup> A este respecto la Ley de Arbitraje dispone:

*Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.*

1. *Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:*
  - a. *Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.*
  - b. *Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.*
  - c. *Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.*
  - d. *Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.*

Ahora bien, teniendo el laudo la calidad de título ejecutivo. ¿Qué características o cualidades tiene entonces su ejecución?

En principio, se debe tener presente que la ejecución del laudo cuando no es realizada por el propio obligado, constituye una actividad sustitutiva de lo que debió realizar el obligado según los términos del laudo. La actividad sustitutiva de ejecución del laudo puede ser de dos formas: a) Ejecución arbitral; y, b) Ejecución judicial.

Una primera observación a esta distinción es que no es verdad que toda ejecución del laudo deba efectuarse en sede judicial o jurisdiccional, sino que cabe entonces que el laudo sea ejecutado en propia sede arbitral. Así está contemplado, en la Ley de Arbitraje:

*Artículo 67.- Ejecución arbitral.*

*1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.*

---

*e. El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.*

*f. El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.*

*2. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.*

*3. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.*

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

*Artículo 68.- Ejecución judicial.*

*1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.*

*2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.*

*3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.*

*4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.*

Como bien observan Mario CASTILLO FREYRE, Rita SABROSO MINAYA y otros, la ejecución arbitral es una figura nueva, contemplada por la Ley de Arbitraje, dentro de la tendencia doctrinal que otorga mayores facultades a los tribunales arbitrales, a efectos de desarrollar mejor, no sólo el proceso sino, en este

caso, la ejecución del propio laudo<sup>107</sup>. Precizando sin embargo que la facultad de ejecución del laudo que el tribunal arbitral pueda tener es solo a condición de que las partes hayan llegado a tal acuerdo previsto ya sea en el mismo convenio arbitral o en otro momento posterior, o bien en virtud de dicho convenio o acuerdo posterior las partes hayan acordado a su vez someterse al reglamento de la institución arbitral a cargo del arbitraje y en él esté previsto la posibilidad de la ejecución del laudo por el propio tribunal arbitral. De no existir tales supuestos, el tribunal arbitral no tiene facultad de ejecución del laudo.

Ahora bien, la ejecución del laudo en sede arbitral tiene limitaciones propias de la naturaleza no-jurisdiccional del arbitraje. Una de esas limitaciones es la falta de *coertio* de la que no gozan los árbitros. La *coertio* es una cualidad propia de los órganos jurisdiccionales que gozan de poder jurisdiccional, consistente en hacer cumplir sus resoluciones y recurrir a otras autoridades con dicho objeto<sup>108</sup>. Los árbitros en ejecución del laudo no pueden ordenar el empleo de la fuerza pública, ni el descerraje de un inmueble. Pero ello en modo alguno implica que no tengan facultades (si las partes les han otorgado) para ejecutar sus propios laudo. Tal como precisa el artículo 67 de la Ley de Arbitraje toda ejecución será posible, a no ser que para ello -y a discreción del propio tribunal arbitral- “*considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública*”. Así, podrá ordenar a las partes la entrega de un bien, el pago o cumplimiento de obligación, podrá incluso ordenar a autoridades públicas el cumplimiento de su mandato, a los registradores públicos la inscripción, bajo responsabilidad, del laudo, llevar adelante la venta de un bien, ordenar embargos, ordenar el desalojo, disponer el lanzamiento, el secuestro de bienes. Pero si para ejecución de todas estas medidas y decisiones requiere el uso de la fuerza pública, tendrán las partes recurrir al juez competente para que emita la orden correspondiente. El poder de ejecución que las partes han concedió al árbitro

<sup>107</sup> Ver en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Segunda Parte, a cargo de CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita, CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 25, ECB Ediciones – Thomson Reuters, Lima, 2014, pág. 1036.

<sup>108</sup> ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*. EDDILI, Octava Edición, Lima, s/f., pág. 88.

es muy importante en la satisfacción del derecho a la tutela procesal efectiva dentro del procedimiento arbitral pues no toda ejecución conlleva necesariamente el uso de la fuerza pública, y aún en los supuestos que fuera requerido, pueda que el ejecutado cumpla voluntariamente con la obligación al mero requerimiento, para lo cual no sea necesaria el empleo de la fuerza pública.

La posibilidad de ejecución del laudo en sede arbitral es una de las notas características resaltantes de la Ley de Arbitraje nuestra que es reconocida como una de las mejores leyes del mundo. Un ejemplo puede mostrarnos las bondades de esta institución. Veamos:

En el caso de que en el laudo el tribunal arbitral amparando la demanda ordene que el demandado entregue un bien inmueble determinado al demandante, y si bien la futura y probable ejecución forzada conlleva necesariamente el empleo de la fuerza pública (para lo cual el árbitro carece de *coertio*), sin embargo tal *coertio* no necesariamente puede requerirse en el caso concreto, pues ante al requerimiento de lanzamiento o de la misma orden de lanzamiento el demandado puede cumplir con su obligación de modo voluntario. Ergo, se habría recurrido innecesariamente al Poder Judicial para su ejecución con todos los problemas, defectos y desventajas que este mecanismo de solución de controversias tiene, cuando bien en sede arbitral se hubiera en forma pronta y efectiva arribado a tal propósito.

Siguiendo en el ejemplo planteado, aún en el caso de que el ejecutado haga caso omiso a la orden de ejecución (lanzamiento) y no quede más que recurrir al Poder Judicial para su cumplimiento, sin embargo en esta sede la ejecución judicial no tiene por qué volver a transitar el camino ya avanzado en ejecución arbitral. Así, si en el procedimiento de ejecución arbitral (siempre en el caso planteado) se ha requerido al ejecutado, éste ha tenido oportunidad objetiva de ejercitar su derecho de defensa (oposición a la ejecución), se ha dispuesto el apercibimiento correspondiente y se ha ordenado el lanzamiento: y, en este estado y límite (de la ejecución arbitral del laudo) el ejecutante recurre al Poder Judicial, el Proceso Único de Ejecución que

se inicie no tiene por qué volver a repetir todo ese *iter* procesal de ejecución ya avanzado en sede arbitral. El órgano jurisdiccional de ejecución debe sólo continuar con la ejecución en el estado en que fue suspendido en sede arbitral (por falta de *coertio* del tribunal arbitral o por decisión propia del ejecutante), si ya ha existido orden de lanzamiento, debe entonces disponer simplemente la ejecución de dicho lanzamiento.

En suma, el árbitro o tribunal arbitral tiene facultad para ejecutar el laudo, si tal facultad le ha sido otorgada por las partes o esté contemplado en el reglamento de la institución arbitral a la que decidieron someterse. Pero también, el árbitro tiene la facultad discrecional de suspender la ejecución ya iniciada y no culminada, si para su continuación o culminación requiere del empleo de la fuerza pública, el cual es facultad propia de los jueces. Y, en tal caso, la ejecución judicial de dicho laudo no debe ser sino la continuación de la ejecución que ya había sido iniciada en sede arbitral y no la repetición innecesaria de los actos de ejecución ya llevados a cabo en el procedimiento arbitral.

En cuanto a la ejecución del laudo en sede judicial propiamente dicho. Tal ejecución procede en tanto a que la parte beneficiada con el laudo decida recurrir a los órganos jurisdiccionales, ya sea porque aun existiendo acuerdo de ejecución arbitral, opte por la vía judicial por cuanto la ejecución probablemente requiera del empleo de la fuerza pública necesaria o simplemente decida recurrir para tales efectos a los órganos jurisdiccionales o ya sea por cuanto en el trayecto de la ejecución arbitral ya iniciada, el árbitro haya decidido suspender la ejecución por requerirse para su culminación del empleo de la fuerza pública. Es de aclararse que no obstante haber pactado las partes la ejecución arbitral del laudo, sin embargo ello no obliga a la parte favorecida con el laudo a recurrir a sede arbitral para tal ejecución, pues bien puede optar por optar desde sus inicios a la ejecución judicial requiera o no del empleo de la fuerza pública.



Lo claro y concreto es que la ejecución del laudo en sede judicial goza de un instrumento privilegiado como es el Proceso Único de Ejecución (regulado en el Código Procesal Civil) y de normas procesales también especiales para el cumplimiento de los fines de la ejecución y la protección de la justicia arbitral misma. Así, el Juez competente para el conocimiento del referido proceso son los jueces comerciales o en su defecto los jueces civiles o mixtos, en lugares en donde no hubiere tal subespecialidad. Basta para el dictado del mandato de ejecución el sólo mérito del laudo arbitral. Y la parte obligada sólo podrá oponerse al mandato de ejecución si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66 de la Ley de Arbitraje. Incluso, la resolución que declara infundada la oposición es apelable sin efecto suspensivo, es decir, la ejecución prosigue sí o sí. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo. Así, la efectividad de la ejecución del laudo arbitral –aún en sede judicial- es una de las notas características de la justicia arbitral.

### **1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE: TEORIAS**

La presente investigación no puede prescindir del tocamiento doctrinario respecto una de las discusiones interminables del arbitraje: su naturaleza jurídica. ¿Qué es en sí el arbitraje? ¿Un contrato o un acto puramente negocial? ¿Un acto jurisdiccional o equivalente a la función jurisdiccional o un acto estrictamente procesal o procedimental? ¿O es una institución compleja y con particularidades propias? He aquí el esbozo de las principales teorías que buscan responder tales interrogantes, así como la exposición de nuestra posición.

### 1.3.1. Teoría privatista o contractualista

Como precisa el profesor Carlos MATHEUS LÓPEZ, esta teoría sostiene que el arbitraje no es más que la manifestación de la autonomía de la voluntad expresada en el convenio arbitral contenido muchas veces en el contrato que celebran las partes, y en virtud del cual las partes se comprometen a recurrir a un tercero -árbitro- en caso de suscitarse una controversia y cuya decisión deviene obligatoria para las partes al haber aceptado previamente por ellas de recurrir a este medio de solución de conflictos<sup>109</sup>.

Así, los sostenedores de esta teoría equiparan el arbitraje a un contrato privado “como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas”. Parte esta teoría del momento inicial del arbitraje: el convenio arbitral. En los supuestos en que es posible la disposición de sus derechos pueden acordar que los conflictos sobre esos derechos disponibles sean resueltos por terceras personas, obligándose a aceptar la resolución que dichos terceros adopten. La conclusión principal a la que llegan los autores que defienden las tesis contractualistas es que el arbitraje se sitúa necesariamente en el ámbito del derecho privado<sup>110</sup>.

Fernando VARGAS GARCÍA resume esta teoría exponiendo como características principales lo siguientes:

“1) El arbitramiento tiene una naturaleza privada. Deriva de un acuerdo de voluntades entre las partes, que convienen en someter su diferencia a la decisión de los árbitros. 2) Los árbitros son particulares designados por las partes, que igualmente son personas privadas. El vínculo entre árbitros y partes, es privado y contractual. 3) El árbitro, es consecuencia, no ejercita acto jurisdiccional alguno,

<sup>109</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *Introducción al Derecho de Arbitraje*. Semper Veritas Ediciones, Lima, 2006, pág. 26.

<sup>110</sup> ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 41.

deriva su poder de la facultad que le han conferido las partes en virtud de un contrato, no tiene poder de coacción, es remunerado por las partes y, en fin, no es funcionario sino un individuo privado. 4) El laudo no es una verdadera sentencia, sino que deriva su obligatoriedad de la voluntad misma de las partes que han querido someterse a ella. Ella, pues, obligatorio por sí mismo, como son obligatorios los contratos (...)"<sup>111</sup>.

Frank GARCÍA ASCENCIOS resume esta teoría que: “La naturaleza del arbitraje es el contrato, el cual implica (1) el acuerdo entre las partes que antes o durante el conflicto deciden manifiestamente que sus controversias sean resueltas en arbitraje (convenio arbitral) y (2) un segundo contrato o el acuerdo entre los árbitros y las partes para que los jueces privados resuelvan las controversias sometidas a su competencia”<sup>112</sup>.

De este modo consideran que el arbitraje no constituye una función jurisdiccional, no tiene porqué estar reconocido como tal en la Constitución Política, que sus principios no son los correspondientes al Poder Judicial sino básicamente anclados en los de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual, por lo que el Poder Judicial y el Estado deben respetar la autonomía plena de la función arbitral, que no resulta relevante el hecho que la Constitución reconozca o no al arbitraje como mecanismo de justicia pues esta tiene su fundamento en la referida autonomía privada de las partes contratantes.

ROCA MARTÍNEZ refiere que el arbitraje “[...] no supone actuación jurisdiccional sino que es un método privado de resolución de conflictos, tanto por su origen, como por los sujetos que actúan, la calidad en que lo hacen, la responsabilidad que asumen y el procedimiento que utilizan (...)"<sup>113</sup>.

<sup>111</sup> VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1964, pág. 34.

<sup>112</sup> GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Amparo versus Arbitraje*. Edit. ADRUS, Lima, 2012, pág. 4.

<sup>113</sup> ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 80.

A su turno la profesora LEDESMA NARVÁEZ precisa que: “Según esta posición, en el arbitraje no hay ejercicio de función jurisdiccional porque los árbitros carecen de dicha potestad. La jurisdicción es un atributo estatal reservado en exclusiva a los jueces estatales. Si la jurisdicción consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, los árbitros no pueden en absoluto hacer lo segundo; y, aunque sin duda hacen lo primero, es decir, juzgan, el laudo puede ser controlado posteriormente por los jueces estatales –en el aspecto formal- para validarlo (Roca Martínez 1992: 80)...”<sup>114</sup>.

A este respecto, Silvia BARONA VILAR, catedrática de la Universidad de Valencia – España, afirma que: “Esta concepción no se sostiene en la actualidad, probablemente porque los componentes iuspublicistas y la eficacia del laudo arbitral impiden abogar por una concepción iusprivatista basada tan sólo en los componentes contractualistas. Estos últimos no alcanzan a explicar la naturaleza de la función ejercida por los árbitros, amén de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye al laudo arbitral”<sup>115</sup>.

Según Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO: “Siendo el arbitraje un resultado de la libertad contractual, es la autonomía de la voluntad la que da origen a dicho sistema de justicia privada. Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y consideran que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes”<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición, Fondo Edit. PUCP, Lima, 2010, págs. 31-32.

<sup>115</sup> BARONA VILAR, Silvia. “Arbitraje en el modelo de justicia español del Siglo XXI”. En: *Derecho Arbitral*, Edit. ADRUS, Lima, 2013, pág. 41.

<sup>116</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora”. Ver versión electrónica en:  
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBTRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>

### 1.3.2. Teoría publicista o jurisdiccionalista

Sostiene contrariamente que el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es, la cosa juzgada. Dicho de otro modo, los árbitros ejercen su función si bien porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley<sup>117</sup>. El arbitraje existe y tiene razón de ser por gozar de jurisdicción<sup>118</sup>.

En nuestro país, ha sido el Tribunal Constitucional quien de modo enfático ha asumido esta teoría sosteniendo que:

*“La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución (...). Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección*

<sup>117</sup> Véase en este sentido a Marianella LEDESMA NARVÁEZ, en: *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición, Fondo Edit. PUCP, Lima, 2010, pág. 32.

<sup>118</sup> GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Ob. Cit.*, pág. 9.

*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 –incluida 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”<sup>119</sup>.*

Asimismo, desde otra perspectiva, el Tribunal consideró: *“este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria”<sup>120</sup>.*

Las características específicas de esta teoría, son –a decir del profesor Fernando VARGAS GARCÍA–: “1) Los árbitros son jueces que realmente ejercitan actividad jurisdiccional del Estado, [...]. 2) Los árbitros, no obstante ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley le ha conferido a las partes la facultad de colocar en cabeza de ellos, y por mientras desempeñan sus funciones, una parte de la soberanía del Estado para que en el desarrollo de ésta decidan obligatoria y definitivamente el conflicto que se ventila [...]. 3) El laudo es una verdadera sentencia. 4) La responsabilidad de los árbitros es idéntica a la que pesa sobre los Jueces del Estado [...]”<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> STC N° 6167-2005-PHC/TC (Fundamento 11 y 12), Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

<sup>120</sup> STC N° 6167-2005-PHC/TC (Fundamento 14), Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

<sup>121</sup> VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1964, pág. 28-29. Citado por Luis PUGLIANINI GUERRA

Sustentando esta teoría, Roque J. CAIVANO expresa que: “Aunque la tradicional doctrina procesal haya pretendido negarlo o minimizarlo, hoy se reconoce que los árbitros y amigables compondores también ejercen jurisdicción, ya que en su desempeño se encuentran las características propias de aquélla. Admitir la jurisdicción en manos privadas, ejercida por árbitros libremente elegidos por las partes, no es sino reconocer en los hechos la equiparación que tiene la autonomía de la voluntad de los particulares sobre sus derechos disponibles por la propia ley... Esta idea encuentra expresa recepción en el ordenamiento jurídico, que no sólo admite, sino que en ocasiones estimula –y a veces hasta impone- la utilización del arbitraje como forma jurisdiccional privada de solucionar determinada categoría de conflictos”<sup>122</sup>.

En otra participación, el profesor de la Universidad de Buenos Aires, expresa que: “El arbitraje es una forma de ‘justicia privada’. Lo que pretende significar a través de esta expresión –que no tiene connotaciones políticas o ideológicas- es que se trata de una actividad jurisdiccional ejercida por particulares que no integran los órganos del Poder Judicial de un Estado. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es hoy incuestionable, ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquélla: al fin y al cabo, la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia”<sup>123</sup>.

A su turno, Bruno OPPETIT aboga también por la concepción jurisdiccionalista del arbitraje al manifestar que: “El arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlin: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen

---

en: *“La relación partes – árbitro”*. Biblioteca de Arbitraje, Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 19, Palestra Editores, Lima, 2012, págs. 25-26.

<sup>122</sup> CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el Arbitraje*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 13.

<sup>123</sup> CAIVANO, Roque J. *“Retos del arbitraje frente a la administración de justicia”*. En: *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Biblioteca de Arbitraje, Vol. 5 Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores; Lima, 2007, págs. 33-34.

siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia, privada, por cierto, pero una justicia al fin y al cabo: ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de la jurisdicción en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución: desde el instante en que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural (y no solamente en el arbitraje institucional), así sea en forma adaptadas a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualesquiera que ésta sea”<sup>124</sup>.

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO manifiesta por su parte que: “Esta corriente sostiene que el arbitraje tiene, en su esencia, naturaleza jurisdiccional ya que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar, y en ocasiones idéntica. Esta concepción del arbitraje postula que es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Ello dado que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. Por consiguiente, si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal”.

---

<sup>124</sup> OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Legis Editores S.A. Bogotá-Colombia, 2006, págs. 57-58.



### 1.3.3. Teoría mixta o ecléctica

Para reconciliar las dos teorías contrapuestas, surge esta teoría intermedia que sostiene que el arbitraje es una institución de naturaleza contractual en su origen, pero jurisdiccional en sus efectos<sup>125</sup>. Es decir, -a decir del profesor Roque J. CAIVANO- “los árbitros ejercen jurisdicción y por lo tanto de allí se deriva el status jurídico de su función. Ello sin desconocer que su origen es generalmente contractual. Sería así una función jurisdiccional cuya raíz genética es contractual; o dicho de otro modo, tendría una raíz contractual y un desarrollo jurisdiccional. Se trata, en suma, de una jurisdicción instituida por medio de un negocio particular”<sup>126</sup>.

Marianella LEDESMA NARVÁEZ –citando a Bernardo CREMADES- manifiesta que:

“Es innegable que el arbitraje es una institución regulada por normas sustantivas, pertenecientes al derecho civil, mientras otras están reguladas por normas procesales. Nadie podría negar la naturaleza contractual del convenio arbitral o la del vínculo que une a los árbitros con las partes; pero, junto a ello, concurren también otras normas de naturaleza procesal, como las que regulan la formalización judicial del arbitraje, el control formal del laudo, su ejecución forzosa y la ejecución de las medidas cautelares. Esto nos lleva a reafirmar la teoría mixta o ecléctica, en el sentido que el origen del arbitraje está siempre en la voluntad de las partes, principio de la autonomía privada, porque ello fundamenta la constitucionalidad del arbitraje, así como la necesidad de la actividad jurisdiccional para poder lograr la eficacia de este. Algunas opiniones llegan incluso a sostener que el contrato de arbitraje genera en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, una jurisdicción privada, aunque

<sup>125</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición, Fondo Edit. PUCP, Lima, 2010, pág. 36.

<sup>126</sup> Citado por GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Ob. Cit.*, pág. 26.

sometida a efectos de legalidad al control de los jueces y tribunales estatales (Cremades 1998: 33)”<sup>127</sup>

En síntesis. –afirma GARCÍA ASCENCIOS-: esta teoría, “en primer lugar, sostiene que el acuerdo de las partes (convenio arbitral) para resolver sus controversias a través de un tercero imparcial tiene naturaleza contractual, pues hay libertad contractual entre estas para regular sus intereses; y en segundo lugar, considera que el poder para conocer y resolver controversias por parte de los árbitros es una función jurisdiccional que equipara a los jueces del órgano estatal de justicia con los árbitros”<sup>128</sup>.

A este respecto, resultan ilustrativas las palabras de Pantaleón PRIETO, quien se pregunta: “¿Qué conviene más a aquellos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje contractual - civil o un arbitraje jurisdiccional-procesal? La respuesta me parece obvia; un arbitraje lo más contractual - civil posible (esto es, lo más informal y dispositivo posible), por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de los árbitros y el procedimiento arbitral; y lo más jurisdiccional - procesal posible en materia de ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra este propio de una sentencia judicial”<sup>129</sup>.

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO explica esta teoría de la siguiente manera: “Ambas teorías recibieron cuestionamientos. Los aspectos medulares de la teoría contractual (el carácter contractual del laudo arbitral y el papel de los árbitros como

<sup>127</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ob. Cit.*, pág. 36.

<sup>128</sup> GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Ob. Cit.*, pág. 27.

<sup>129</sup> Citado por CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. José María Bosch Editor, Barcelona, 20000, págs. 196-197.

Citado también por FLORES NANO, Lourdes y VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo en: “*El amparo de terceros contra el arbitraje. Corrección de algunos males usos del arbitraje*”. *Gaceta Constitucional*, Tomo 71, Noviembre 2013, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2013, pág. 252.

Ver versión electrónica en:

<<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Lourdes%20Flores%20y%20Raffo%20Velasquez%20-%20GC%2071.pdf>>

representantes de las partes) fueron objeto de una enérgica crítica. De la misma manera, la postura meramente jurisdiccional parecía incompleta en varios aspectos.<sup>54</sup> Ante ello se realizaron intentos para conciliar las dos escuelas de pensamiento. No obstante la (aparente) total oposición de ambos puntos de vista, las teorías jurisdiccional y contractual pueden ser reconciliadas y así surge la teoría mixta. De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional pero carecen de poder judicial (estatal) alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida. La teoría mixta o híbrida ha alcanzado dominancia mundial dado que el arbitraje comercial internacional muestra elementos tanto jurisdiccionales como contractuales. De conformidad con la teoría mixta el arbitraje es un sistema de justicia privada creada contractualmente. Tanto el origen contractual como la función jurisdiccional tienen una influencia importante en el arbitraje. Un efecto importante que la teoría mixta o híbrida ha tenido es reconocer la fuerte, mas no avasalladora, relación entre el arbitraje y la sede”<sup>130</sup>.

#### 1.3.4. Teoría negocial - procesal

El creador de esta teoría es el profesor español Antonio LORCA NAVARRETE quien sostiene que “el convenio arbitral, antes que un contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes- ‘libremente’ expresada- de elaborar estructuralmente un negocio jurídico pero no con las consecuencias propias

<sup>130</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora”. Ver versión electrónica en:  
<<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20DCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>>

de un contrato (contractualismo), sino impropias de un ámbito funcional tan alejado del contractualismo”<sup>131</sup>.

En palabras de Carlos MATHEUS LÓPEZ: Esta teoría establece que “dado que el arbitraje resuelve cuestiones litigiosas a partir de la suscripción del convenio arbitral, se postula –en su origen- la existencia de un negocio jurídico impropio, no con las consecuencias propias de un contrato, sino con aquellas impropias de un ámbito funcional como es el procesal”<sup>132</sup>.

En otra de sus publicaciones MATHEUS LÓPEZ recalca que: “Frente a las teorías ya mencionadas es preciso sostener el carácter procesal del arbitraje, pues resulta obvio que éste no importa propiamente una actividad jurisdiccional, como también es evidente que no todo en el arbitraje se reconduce a un planteamiento puramente contractual, insuficiente para justificar la existencia de un derecho a un debido proceso sustantivo arbitral al vincularse con aspectos tan íntimamente ligados con la sustantividad de un proceso como es la exigencia de alegar, de probar afirmaciones fácticas, de oponerse a la tramitación del arbitraje incoado o para, en fin, explicar el acceso a la jurisdicción estática mediante la vía del recurso de anulación de laudo. En la LGA, la función que asume el árbitro es procesal pero no jurisdiccional. El arbitraje es un ejemplo, de una actividad en la que se reside la sustantividad del proceso a través de la técnica adjetiva que se prefiere pero sin que ello suponga, en modo alguno, una conceptualización jurisdiccional ni del proceso ni del procedimiento arbitral. En tal forma, no toda actividad procesal necesariamente ha de ser jurisdiccional (como sucede con el arbitraje), ni toda actividad jurisdiccional ha de ser necesariamente procesal (como pasa con numerosos actos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa). El arbitraje justifica su naturaleza jurídica porque resuelve ‘controversias disponibles’ y esa finalidad no se logra mediante su adjetivación jurisdiccional. Puesto que dicha funcionalidad surge a partir de la

<sup>131</sup> Citado por GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Ob. Cit.*, pág. 27-28.

<sup>132</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos. “Reflexión sobre el Derecho de Arbitraje peruano”. En: *Página del Centro de Arbitraje AMCHAM Perú*, Agosto, 2003, N° 03. Ver versión on-line en: <http://www.amcham.org.pe/arbitraj/PUBLICACIONES/LAUDO/2003/numero3.htm>

suscripción del convenio arbitral, conceptualizado como un negocio jurídico impropio – con autonomía estructural y funcional- que rehúye las teorías contractualistas para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, dado que dichas opciones si bien manejan una propedéutica negocial cercana al contractualismo, en cambio, se alejan de las soluciones procesales”<sup>133</sup>.

### 1.3.5. Teoría autónoma

Otra vez, recurrimos a Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO para entender esta teoría. Así este autor manifiesta:

“La teoría de más reciente creación argumenta que el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, autónomo.<sup>57</sup> Sostiene que el carácter del arbitraje podría ser determinado tanto jurídica como prácticamente mediante la observación de su uso y finalidades. Bajo esta luz, el arbitraje no puede ser clasificado como meramente contractual o jurisdiccional, y tampoco como una ‘institución mixta’.

La teoría autónoma observa al arbitraje per se, lo que hace, lo que busca lograr, cómo y por qué funciona en la forma en que lo hace. Reconoce que el derecho arbitral se ha desarrollado para lograr la consecución armónica del arbitraje y de las relaciones comerciales internacionales.

La teoría autónoma es una versión refinada de la teoría mixta. Si bien reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el foco de atención de los mismos. En lugar de darle más peso al papel que el derecho de la sede del arbitraje puede ejercer y a la autonomía de la voluntad de las partes, se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan a participar

---

<sup>133</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *Introducción al Derecho de Arbitraje*. Semper Veritas Edic. SAC, Lima, 2006, pág. 27.

en el procedimiento arbitral. El arbitraje internacional se ha desarrollado puesto que las partes han buscado un sistema flexible, no-nacional, para la solución de sus controversias comerciales. Para ello, los que utilizan el arbitraje buscan un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un procedimiento justo, diseñado para satisfacer ciertas características del caso particular, pero que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales, los cuales son justamente lo que se desea evitar. Al optar por el arbitraje, lo que se desea es que los árbitros sean imparciales y justos, y que el laudo que eventualmente se emita sea final, obligatorio y de fácil ejecución”<sup>134</sup>.

En aras del sustento de esta teoría Silvia BARONA VILAR se pregunta: “¿Qué es lo esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje, sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce –el proceso- para su ejercicio? ¿Puede haber arbitraje sin convenio? ¿Puede haber arbitraje sin proceso? ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso? Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución: no es posible un arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto. Ello nos lleva a concluir que ‘el arbitraje es el arbitraje’, y esa es, a mi parecer, su naturaleza jurídica. Esto supone asumir que efectivamente en el arbitraje coexisten composiciones contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, quizás, el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma que forma parte del todo que es la Justicia, convirtiéndose en un cauce más de los que integran las vías de tutela de los ciudadanos”<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora*. Ver versión electrónica en:

<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>

<sup>135</sup> BARONA VILAR, Silvia. *Medidas Cautelares en el Arbitraje*. Thomson – Civitas, Navarra – España, 2006, pág. 48.

### 1.3.6. Nuestra posición acerca de la discusión

Tomar una posición respecto de las diversas teorías expuestas acerca de la naturaleza del arbitraje es un asunto sumamente complejo, propio de doctrinarios y estudiosos del problema; sin embargo, para los propósitos de la presente investigación, resulta necesaria y hasta inevitable la toma de una posición.

Nuestra posición fluye directamente de los fundamentos del arbitraje expuestos en puntos anteriores; y, en principio, como consecuencia del atisbo de tales fundamentos, la teoría contractualista resulta insuficiente para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje. Ciertamente es que el arbitraje no es sino manifestación de la autonomía de la voluntad expresada en el convenio arbitral. Sin embargo, el arbitraje no es solo ello. Si bien el arbitraje tiene su sustento en la libertad de toda persona de optar en la solución de sus conflictos en un mecanismo también heterocompositivo equivalente a la jurisdicción, en tanto ello no se encuentra prohibido (prohibición que por cierto no sería posible en un Estado Constitucional de Derecho), sin embargo, esto que es su causa-fuente, no corresponde a la causa-fin del arbitraje, esto es: constituir un medio alternativo de solución de conflictos de intereses en un caso concreto (aspecto subjetivo) y para con ello contribuir al logro de la “paz social en justicia” (aspecto objetivo). Así, el arbitraje no es solo contrato sino también un medio para hacer justicia entre los hombres, este último, similar a la jurisdicción que despliega el Estado.

Asimismo, en cuanto a la teoría jurisdiccionalista, desde ya esta posición también resulta errada por cuanto en su afán de atribuir carácter jurisdiccional al arbitraje, desconoce el indiscutible origen contractual del mismo. Sin embargo, el error central de esta teoría radica en que identifica la función de los árbitros con la función jurisdiccional. Sostienen que los árbitros ejercen su función si bien porque

las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley<sup>136</sup>. El arbitraje existe y tiene razón de ser por gozar de jurisdicción<sup>137</sup>. Llegan a veces al extremo de negar incluso el fundamento contractual del arbitraje.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional nuestro fue enfático al sostener que: *“La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución”*<sup>138</sup>.

Asimismo autores como Roque J. CAIVANO sostienen con bastante convicción que: *“Aunque la tradicional doctrina procesal haya pretendido negarlo o minimizarlo, hoy se reconoce que los árbitros y amigables compondores también ejercen jurisdicción, ya que en su desempeño se encuentran las características propias de aquella (...)”*<sup>139</sup> *“(...) La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es hoy incuestionable, ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquella: al fin y al cabo, la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia”*<sup>140</sup>.

Como bien observa Juan MONROY PALACIOS: *“[e]l arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Si fuera así,*

<sup>136</sup> Véase en este sentido a Marianella LEDESMA NARVÁEZ, en: *Ob. Cit.*, pág. 32.

<sup>137</sup> GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Ob. Cit.*, pág. 9.

<sup>138</sup> STC N° 6167-PHC/TC (Fundamento 11), Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

<sup>139</sup> CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el Arbitraje*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 13.

<sup>140</sup> CAIVANO, Roque J. *“Retos del arbitraje frente a la administración de justicia”*. En: *“Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007”*. Biblioteca de Arbitraje, Vol. 5 Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores; Lima, 2007, págs. 33-34.



se quebraría el concepto de principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo se postula ello”<sup>141</sup>.

Y agrega en otro párrafo de su trabajo que: “La ‘jurisdicción excepcional’ que algunos pretenden llevar hasta sus últimas consecuencias, valiéndose simplemente del texto expreso de la norma constitucional, es una categoría que no resiste el más mínimo análisis. Técnicamente, el nombre correcto para crear campos diferenciados respecto de la actividad de los jueces ordinarios es la ‘jurisdicción especial’, pero más allá del nomen juris, que siempre es lo accesorio, es necesario tener en cuenta la posibilidad de que el ordenamiento constitucional prevea jueces distintos a los ordinarios tiene como presupuesto insuperable el respeto por la *unidad de la jurisdicción* (...)”<sup>142</sup>.

En otro de sus fundamentos, MONROY PALACIOS afirma que:

“Vistas así las posiciones [acerca sobre la naturaleza jurídica del arbitraje], resulta sencillo constatar que en nuestro país el problema está planteado en modo inverso. Muchos piensan que el arbitraje debe alcanzar la categoría de jurisdicción para lograr respeto por parte de los jueces ordinarios”<sup>143</sup>. Otros,

<sup>141</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 10 (Director Juan José Monroy Palacios), Comunitas, Lima, 2008, págs. 143 – 144.

<sup>142</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Ob. Cit.*, pág. 143.

<sup>143</sup> Tan cierta es esta afirmación que uno revisando los Diarios de Debates de la gestación de las Constituciones de 1979 y la de 1993 y particularmente al reconocimiento constitucional del arbitraje y la conveniencia de elevarlo a la categoría de “*jurisdicción arbitral*” fue por un propósito más que nada práctico y no tanto porque lo exija su naturaleza jurídica. Como bien dijo ARAMBURU MENCHACA replicando a VALLE RIESTRA en el Debate de la Constitución de 1979: “*No hay razón para temer decir ‘jurisdicción arbitral’*. Precisamente una de las características del arbitraje no solamente en la forma de árbitros arbitradores, sino de arbitro de jure, y dentro de un sistema tan completo como el que tenemos en el Perú cuya ley es considerada la mejor ley del mundo en la materia, es esa implicancia que tienen los tribunales arbitrales con el Poder Judicial. El Poder Judicial ejerce una función tuitiva sobre los tribunales arbitrales, es un tipo de jurisdicción, es un tipo si se quiere de jurisdicción voluntaria que las partes eligen, los jueces otras veces, inclusive, si se trata de tribunales arbitrales establecidos de antemano, cuando se trata del arbitraje administrado.... Queda muy bien la palabra ‘jurisdicción arbitral’, es algo que robustece el arbitraje. En este momento existe en el mundo un gran auge hacia el arbitraje.... De manera que invitaría a mi colega el doctor Valle

como si se tratar de fórmulas matemáticas, proponen una mixtura de la teoría jurisdiccional y la contractual, olvidando el antagonico sustrato ideológico que se encuentra en la base de cada postura, y otros más, sin esconder una ilusión neocorporativista, piensan que estamos encaminados en una tendencia hacia la ‘privatización de la justicia’ tendrá los mismos poderes que el juez estatal. Distintos versiones alrededor de una idea común: la ‘jurisdicción arbitral’.

El equívoco es notorio. Quienes promueven el arbitraje, con todas las ventajas que con justicia le asignan, se equivocan cuando intentan reforzar su desarrollo acercándolo a la jurisdicción. Por su parte, quienes aún buscan reducirlo a su mínima expresión, lo fortalecen creyendo que la autonomía privada sobre la cual se funda es poca cosa (...) en primer lugar, es evidente que la [teoría] ‘jurisdiccional’ debe ser descartada por asignarle prácticamente un valor jurídico nulo al arbitraje. Ni siquiera la reformulación que ha sufrido esta teoría en los últimos años es válida, pues ciertamente el árbitro actúa por delegación de las partes y éstas no pueden dar lo que no tienen, con lo cual el camino hacia la ‘jurisdiccionalización’ está cerrado.

---

*Riestra, a fortalecer la institución del arbitraje que es tan práctica, manteniendo el término ‘jurisdicción arbitral’, que no es exactamente un contrato”.*

Del mismo modo, en el Debate de la Constitución de 1993, el congresista FLORES-ARAOZ reconoció que: “[S]i bien es cierto que la jurisdicción la ejerce el Estado, y si bien es cierto también que ése es un derecho de las personas que tienen diferendos, el de recurrir a esa jurisdicción estatal, que es una garantía de la intervención del Estado para administrar justicia, esas mismas personas podrían voluntariamente acogerse a lo que se llama la jurisdicción voluntaria, que en este caso es la jurisdicción a la que se ha mal llamado “jurisdicción arbitral”, porque en el fondo no es jurisdicción, sino el acto voluntario de las partes que pretenden renunciar a la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción particular. Creo que darle mayor seguridad jurídica, con rango constitucional, a esta jurisdicción arbitral es conveniente... Si bien es cierto que hay una Ley General de Arbitraje, si bien es cierto que los arbitrajes están reconocidos en tratados internacionales que suscribió el Perú, creemos que darle rango constitucional a esta norma es preferible a no hacerlo. No significa de modo alguno que desaparezca la jurisdicción arbitral al no estar dentro de la Constitución. Pero si quienes utilizan esa jurisdicción desean darle ese rango, no veo por qué tenemos que oponernos a una cosa que es justa y que lógicamente nos haría sintonizar con la voluntad del pueblo peruano”

He aquí, también a nuestro parecer, el fundamento real del por qué el arbitraje fue reconocido como “jurisdicción excepcional” dentro de nuestra Constitución.

En segundo lugar, pareciera que, de acuerdo a lo expresado, la teoría que más favorece al arbitraje es la ‘contractualista’, sin embargo, ésta no es menos errada que la primera. Pretender atribuir al arbitraje y sobre todo a su producto final, el laudo, un valor meramente negocial es negar lo sucedido con este instituto por lo menos en los últimos cuarenta años, pues desde la Convención de Nueva York de 1958 (que utiliza, inclusive, la expresión ‘sentencia arbitral’) se le reconoce una eficacia procesal equivalente a la de cualquier sentencia judicial, sin necesidad de homologación, tal como sucede hoy en nuestro país. Pese a ello, SATTA, que nunca dejó de sentirse tuerto entre los ciegos, insistió con esta particular tesis hasta el fin de sus días”<sup>144</sup>.

En realidad, como señala José María ROCA MARTÍNEZ: “Sólo con un análisis conjunto del arbitraje, como fenómeno complejo, sin olvidar ninguno de sus elementos, será posible aproximarse a su naturaleza jurídica. Así lo ha considerado ALMAGRO NOSETE, para quien ‘la naturaleza jurídica del arbitraje reclama un examen primero parcializado de los distintos momentos del mismo; y luego, global, que permita en atención al criterio del predominio resultante, determinar el encuadre del instituto’ (...). Por último, distintas razones me llevan a considerar inadecuado tratar de encuadrar el arbitraje dentro de alguna de las posiciones doctrinales clásicas (...). En general, las teorías contractualistas encuentran dificultades para explicar los efectos producidos por el laudo, en concreto, la cosa juzgada y la ejecutividad. Desde planteamientos jurisdiccionalistas se lucha por olvidar el origen contractual y privado del arbitraje y la relación entre las partes y los árbitros, acudiendo a rebuscados razonamientos. Por último, las teorías intermedias o eclécticas se proponen conciliar ambos posicionamientos, con las dificultades que ello conlleva, incurriendo en contradicciones terminológicas (...). En definitiva, el arbitraje presenta una naturaleza jurídica propia, a la cual se llegará tras el análisis de sus distintos elementos”<sup>145</sup>.

<sup>144</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Ob. Cit.*, págs. 145 - 146.

<sup>145</sup> ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, págs. 58-60.

Sin embargo, nuestro citado autor, después efectuar dicho análisis de los elementos del arbitraje, concluye que: “Por todo lo expuesto, considero que el arbitraje no supone actuación jurisdiccional alguna, sino que es un método privado de resolución de conflictos, tanto por su origen, como por los sujetos que actúan, la calidad en que lo hacen, la responsabilidad que asumen y el procedimiento que utilizan (...) No obstante su influencia procesal es evidente, ya que precisa de ciertas garantías para su correcto desarrollo y eficacia y, en definitiva, a través de él se va a obtener un título ejecutivo que va a permitir acudir al Juzgado de Primera Instancia a solicitar su ejecución, siendo el Derecho Procesal quien otorga tales garantías (...). Su origen contractual [del arbitraje] reclama una visión civilista respecto a la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás requisitos de dicho contrato; no obstante, respecto a la arbitrabilidad de las materias sobre las que surjan las cuestiones litigiosas, no basta este punto de vista, sino que deberá ser completado por el procesalista, (...). En su desarrollado, el arbitraje presenta un evidente tracto procedimental, debiendo cumplir ciertos requisitos de procedimiento, sin los cuales, la decisión arbitral no saldría de la esfera contractual (...)”<sup>146</sup>.

Nosotros, si bien también nos alejamos de las teorías contractualista y jurisdiccionalista que por sí solas buscan explicar la naturaleza jurídica del arbitraje; sin embargo no concordamos con ROCA MARTÍNEZ y con cuantos consideran que el arbitraje tenga naturaleza procesal o procedimental.

Consideramos –a partir de los fundamentos del arbitraje ya expuestos- que la función arbitral no puede ser catalogada como jurisdicción ni tampoco ser equivalente a ella. La jurisdicción se fundamenta en el poder que el Estado ejerce sobre las personas, es decir, tiene su causa-fuente en el denominado *ius imperium* y la llamada *soberanía popular*. La potestad de impartir justicia es impuesta por el Estado a los ciudadanos sobre la base de dichos principios fundamentales expuestos por el constitucionalismo clásico. El arbitraje en cambio se fundamenta en la libertad

<sup>146</sup> ROCA MARTÍNEZ, José María. *Ob. Cit.* págs. 58-60.

y la autonomía de la voluntad de las personas. El arbitraje –como ya se expuso- es incluso anterior a la formación del propio Estado, aparece con la formación del propio hombre como ser gregario y social, como un mecanismo natural de solución de conflictos. En modo alguno se puede equiparar el arbitraje a la jurisdicción. Ambos tienen causas-fuentes distintas: Estado y *ius imperium* vs. libertad y autonomía de la voluntad.

El hecho que el arbitraje -al igual que la jurisdicción- constituya mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, no puede tampoco conllevar a pretender otorgar “naturaleza” jurisdiccional al arbitraje. A caso ¿no se es capaz de reconocer que no toda impartición de justicia se obtiene únicamente a través del Estado y que existe a su vez otros mecanismos de solución alternativos a la justicia pública e incluso históricamente anterior a ella fundado en la naturaleza libre y racional del hombre? La justicia que brinda el mecanismo arbitral es una justicia privada que resulta ser alternativo pero a su vez complementario a la justicia pública o estatal que brindan los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, como quiera que la justicia es y debe ser una sola; y, como quiera que desde la aparición y consolidación del Estado sobre la sociedad y los hombres, este gran Leviatán de la que nos hablaba Tomas Hobbes, pasó a monopolizar el sistema de administración de justicia y desde ese momento entonces ejerce poder (*ius imperium*) sobre los miembros de la sociedad. Existe por tanto la necesidad inevitable de que el Estado asuma control sobre los otros medios alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje a fin de que dicha justicia privada se encarrile dentro de la justicia diseñada en la Constitución, la ley y las normas internacionales de protección de los derechos humanos. Así, el control jurisdiccional sobre el arbitraje resulta inevitable y necesario para el logro del bienestar común en todo Estado Democrático y Social de Derecho de la que nos referíamos a los inicios de la presente investigación en la consideración de que *la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado* (Artículo 1 de la Constitución).

El hecho de que entre el arbitraje y la jurisdicción exista como elemento común el “proceso” o “procedimiento”, tampoco puede conducir a postular válidamente una supuesta “naturaleza” procesal de nuestro instituto. En principio, la “naturaleza” de un ser o ente, es definida como “*el principio generador del desarrollo armónico y plenitud de cada ser, en cuanto tal ser, siguiendo su propia e independiente evolución*” o la “*virtud, cualidad o propiedad de las cosas*”<sup>147</sup>. Ergo, el elemento procesal o procedimental no puede ser en modo alguno ese principio generador del arbitraje ni ser causa ni fin de su desarrollo armónico. El proceso (o procedimiento) no es causa ni fin de ninguna institución jurídica. El proceso es siempre medio para el logro de un fin. Además, querer ver en el proceso como la *ratio essendi* del arbitraje no resulta convincente, por cuanto el “proceso”, entendida como un conjunto de actos destinados a un fin, siempre está presente en toda actividad humana.

Toda actividad humana, toda expresión de la cultura humana (dentro de ellos las instituciones jurídicas) siempre siguen, se sirven o constituyen un proceso, una secuencia concatenada y dialéctica de actos para el arribo de su finalidad. Luego, el fundamento de todo el derecho sería el proceso o procedimiento, es decir la forma. Sin embargo, el proceso no es sino la adjetivización de los fundamentos sustantivos de las instituciones jurídicas. El proceso o procedimiento es siempre el ropaje de una institución que sin embargo tiene su esencia en otros elementos, en elementos siempre sustantivos. Ni el proceso ni el procedimiento son fuentes de nada ni fin en sí mismos, sino únicamente medios para el logro de un fin determinado. Así, para nosotros, la razón esencial del arbitraje no está en el medio (procedimiento, proceso) que es tan solo su manifestación jurídica. La razón de ser del arbitraje está en la causa-fuente (libertad y autonomía de la voluntad) y en la causa-fin (justicia, equidad) ya desarrollada extendidamente en el presente trabajo.

---

<sup>147</sup> Ambas son definiciones contenidas en el *Diccionario de la Real Academia Española*, Vigésima Tercera Edición, Edición del Tricentenario, Espasa Libros S.L., Barcelona, 2014, pág. 1524.

Por todo ello, nosotros consideramos que la teoría que mejor explica la naturaleza del arbitraje, es la de la teoría de la autonomía del arbitraje. En suma el arbitraje es simple y llanamente eso: arbitraje. Una institución que nace de la autonomía de la voluntad, que tiene elementos equivalentes a la función jurisdiccional, pero sin ser tal, sino la de ser un medio privado y alternativo de impartición de justicia, pero que necesariamente debe ser controlado por el Estado a través de la jurisdicción.

Nos parece oportuno reiterar las observaciones de Silvia BARONA VILAR al respecto: “¿Qué es lo esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje, sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce –el proceso- para su ejercicio? ¿Puede haber arbitraje sin convenio? ¿Puede haber arbitraje sin proceso? ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso? Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución: no es posible un arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto. Ello nos lleva a concluir que ‘el arbitraje es el arbitraje’, y esa es, a mi parecer, su naturaleza jurídica. Esto supone asumir que efectivamente en el arbitraje coexisten composiciones contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, quizás, el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma que forma parte del todo que es la Justicia, convirtiéndose en un cauce más de los que integran las vías de tutela de los ciudadanos”<sup>148</sup>.

Asimismo, recurriendo otra vez a las observaciones del profesor Juan MONROY PALACIOS:

“El arbitraje no es ni contractual ni procesal, ni una mezcla de ambos. Es una disciplina autónoma que si bien puede construirse con ayuda de las demás

<sup>148</sup> BARONA VILAR, Silvia. *Ob. Cit.*, pág. 44-45.

parcelas del derecho, no se identifica con ninguna de ellas. Posee sus propios principios, problemas y especialistas, pero, lejos de aislarse, se integra con las demás ramas del derecho, sin perder su carácter autónomo. Por ello mismo, desde algunas décadas muchos juristas convienen en hacer referencia a una rama jurídica específica y diferenciada de las clásicas, cuyo nombre es el 'Derecho del Arbitraje'.

En este contexto, flaco favor le ha hecho el derecho procesal al arbitraje en su afán por lograr su autonomía a lo largo del siglo XX. En efecto, hoy es imperativo quebrar el centenario dogma que, bajo la autoridad de Giuseppe CHIOVENDA, equiparó, en todo caso, vincula inexorablemente a la jurisdicción con el proceso. ¡Es una idea tan perniciosa como generalizada! Ambas categorías pueden coincidir (en el 'proceso judicial', por ejemplo), pero ello no significa que interactúan en todo momento. Mientras la primera evoca una actividad puramente estatal, la segunda tiene un ámbito de actuación que va más mucho allá de la jurisdicción. El proceso puede ser estatal, privado o inclusive internacional; a diferencia de la jurisdicción, no se encuentra limitada por la idea de estado, de ahí la razón del fracaso de la conocida tesis de MONTERO AROCA (quien proponía la idea de un 'Derecho Jurisdiccional' constatando, correctamente, que la jurisdicción abarcaba zonas ajenas al proceso, pero olvidando que el proceso también tiene espacios de desarrollo ajenos a la jurisdicción). Proceso y jurisdicción son categorías autónomas que pueden coincidir (como en los procesos judiciales) o no (proceso arbitral), sin que se altere el contenido esencial de cada una. El vasto y complejo escenario de los procedimientos administrativos, por ejemplo, es un caso en el cual concurre la actividad procesal con la participación del Estado, pero no hay jurisdicción; los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se desarrollan en un contexto procesal, pero no estatal, ni jurisdiccional (a menos que se utilice otra acepción y por consiguiente una categoría distinta); la Corte Suprema, una autoridad jurisdiccional, son públicas por naturaleza, pero no se realizan en el marco de un proceso. Por otro lado, el



acto por el cual se investiga el comportamiento de un alumno por parte de una asamblea universitaria y donde, luego de permitirle el ejercicio del derecho de defensa, se resuelve su suspensión constituye un proceso sin jurisdicción. Y, así finalmente no es más ni menos que un proceso, sin que para tal calificación debamos hablar de jurisdicción, ni en general de actividad pública alguna.

Este no es el lugar para estudiar a plenitud las consecuencias que se derivan de reconocer que el arbitraje es un proceso, pero en lo que no hay duda es que, con las necesarias adecuaciones, la disciplina procesal se encuentra plenamente desarrollada en el campo arbitral (...).

Por último, como antídoto contra los excesos que suele conllevar la actividad intelectual de sustituir una teoría por otras, no está demás conservar esta idea: que el proceso alimente de contenido al arbitraje, no significa que el arbitraje se reduzca al proceso; ello es tan absurdo como pensar que el arbitraje es solo contrato”<sup>149</sup>.

Frente a estas palabras tan contundentes, no nos queda más que asentir con el profesor MONROY PALACIOS y dar razón también al Tribunal Constitucional que al interpretar el *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* y el *debido proceso* (artículo 139 de la Constitución) prefiere hablar con acierto de *derecho a la tutela procesal efectiva* que comprende los derechos de acceso a la justicia y el debido proceso<sup>150</sup>. Sin embargo, -una vez más- reiteramos la no admisión de la postulación

<sup>149</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 10 (Director Juan José Monroy Palacios), Comunitas, Lima, 2008, págs. 147 - 149.

<sup>150</sup> Para el Tribunal Constitucional: “[...] [l]a tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso (...).

de la naturaleza “procesal” del arbitraje. Los fundamentos lo hemos expuesto en líneas precedentes de este punto de la investigación.

#### 1.4. CLASES DE ARBITRAJE

Sólo a efectos de tener una idea cabal del arbitraje, resulta necesario presentar alguna de las clases de arbitraje más usados en la actualidad:

##### 1.4.1. Arbitraje institucional y Arbitraje *ad hoc*

El primero conocido también como “arbitraje administrado” “es un tipo de arbitraje que tiene su rasgo distintivo en la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia, en el desarrollo del arbitraje. Son las partes quienes acuerdan en el convenio arbitral la participación de dicha institución con el ánimo de facilitar las actuaciones propias de los árbitros a lo largo del proceso, principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladores de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que ésta proporciona”<sup>151</sup>.

---

La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial (...)” (STC N° 6712-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico 13). Ver la sentencia en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>

“(…) Es pertinente recordar que, según doctrina de nuestro ordenamiento constitucional la tutela jurisdiccional es un derecho ‘continente’ que engloba, a su vez, dos derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste (...) comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...) (STC N° 3938-2007-PA/TC, Fundamento 1). Ver la sentencia en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03938-2007-AA.html>

<sup>151</sup> DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema? En: Revista Peruana de Arbitraje N° 1, Edit. Jurídica Grijley, Lima, 2005, pág. 234.

ALMAGRO NOSETE complementa afirmando que: “El arbitraje institucional es el confiado a un centro de arbitrajes, entidad de carácter corporativo o institucional que administra aquel, mediante la designación de los árbitros, la sujeción del mismo a determinadas reglas de procedimiento, en su caso, y la facilitación en general de los medios necesarios para llevar a cabo el fin encomendado de dar solución arbitral al asunto”<sup>152</sup>.

En el arbitraje ad-hoc (que sería básicamente un arbitraje no administrado) “las partes encargan su administración al propio tribunal arbitral y que se realizará conforme a las normas fijadas por este último o acordadas por las partes. Es decir, las partes, en ejercicio del principio de libertad que inspira al arbitraje, podrán señalar válidamente las normas procesales que rijan el arbitraje, siempre, claro está, que ellas no vulneren el principio de igualdad (que exige que las partes reciban un trato equitativo y que cada una de ellas tenga la oportunidad de exponer su postura)”<sup>153</sup>. En otras palabras, en el Arbitraje ad-hoc “solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiéndose del apoyo de terceros para la organización y administración del arbitraje. No se involucra, por tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para la resolución de la controversia; siendo, en ese sentido, la administración y organización aludidos a cargo de tales actores”<sup>154</sup>.

La Ley de Arbitraje regula estas dos formas de arbitraje al disponer que:

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

*1. El arbitraje puede ser ad hoc o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.*

<sup>152</sup> ALMAGRO NOSETE, J. “La nueva ley española de arbitraje”. En *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor FAIREN GUILLEN*, Valencia, 1990, pág. 37.

<sup>153</sup> AMPRIMO PLA, Natale. “Arbitraje institucional o arbitraje ad hoc”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 9, Edit. Magna, Lima, 2009, pág.43.

<sup>154</sup> DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Ob. Cit.*, pág. 237.

2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

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

4. El reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

#### 1.4.2. Arbitraje de derecho y Arbitraje de conciencia o de equidad

En palabras de Carlos MATHEUS LÓPEZ: “Si el árbitro aplica la legislación vigente para resolver la cuestión, estamos ante el arbitraje de derecho. Por el contrario, si el árbitro ha de utilizar su leal saber y entender a la hora de dictar su decisión, el arbitraje es de equidad”<sup>155</sup>.

Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA precisa que: “El arbitraje de conciencia goza muchas veces del favor de los hombres de negocios porque éstos desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del Derecho oficial. Acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base a la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos, se encuentre basada también en la buena fe antes que en una interpretación literal de un texto normativo. Otras veces, se escoge el arbitraje de conciencia porque el problema excede el ámbito de las leyes nacionales. En estas condiciones, para evitar tener que fijar una ley nacional que gobierna el contrato entre varias posibles, opta por un arbitraje de

<sup>155</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Breves alcances sobre el derecho de arbitraje peruano”. En: Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 210 Año LXIX (Jul-Dic 2001), pág. 76.

consciencia que permite al árbitro usar varias leyes nacionales a la vez desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes. También se opta por un arbitraje de consciencia cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del derecho de obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión”<sup>156</sup>.

Como afirma al respecto Julio BENETTI SALGAR: “La decisión en conciencia es la que adopta el juzgador frente a determinadas circunstancias de hecho respecto de las cuales se forma una íntima y personal convicción, fruto del concepto que tenga de justicia, por lo cual se explica que no sea necesario que tenga la calidad de abogado, pues no se busca en esta modalidad arbitral el fallo conforme a cánones legales, sino según el leal saber y entender del árbitro, el sentido innato de justicia que tiene como persona honrada y de buena reputación, que pertenece al común o término medio de la comunidad, en una decisión puramente subjetiva, por lo cual realmente el sentenciador es al mismo tiempo creador de una decisión particular y única para el caso concreto, sin alegar fundamento jurídico alguno, aunque no necesariamente lo excluya, en la que debe ser la aplicación concreta de la justicia en el asunto sometido al proceso”<sup>157</sup>.

A su turno, Ana María LARREA complementa que: “El arbitraje de conciencia es el más libre de los arbitrajes, en el que el árbitro, una vez conocidos los hechos, el árbitro busca en su fuero interno la solución que en su criterio resuelva de manera justa el caso. Es probablemente la forma que prefieran los comerciantes u hombres de negocios que acostumbran cerrar negocios de buena fe, sin mayor conocimiento de las disposiciones legales, por lo que prefieren que la disputa se resuelva según la buena fe del árbitro. El arbitraje de equidad parte del ordenamiento jurídico y busca la norma correcta para aplicarla, y si no la hubiere, le dará solución al caso, partiendo

---

<sup>156</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Consciencia”. En: *Ius et Veritas*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, N° 12, pág. 116.

<sup>157</sup> BENETTI SALGAR, Julio. *El Arbitraje en Equidad, Temas Estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación, la Negociación*, Editorial de la Universidad del Rosario, 2007, pág. 131.

del precepto que regule situaciones parecidas de las reglas generales del derecho y las demás fuentes del derecho con que cuenta su actividad, incluida la equidad, que le servirá para desentrañar el sentido natural de justicia. Así mismo, si advierte que la ley, aplicada al caso concreto, no cumple su finalidad, es decir, los criterios generalmente buenos y justos que inspiraron su creación, entonces no aplica la disposición sino que se busca la solución que el legislador habría contemplado si se hubiera enfrentado con el caso particular, administrando justicia al caso particular. Luego, el arbitraje de conciencia, aunque puede sostenerse que es el que dio origen al arbitraje, y sirvió como fuente de creación del derecho comercial, bajo la idea de ser un arbitraje técnico y sujetarse al principio “verdad sabida y buena fe guardada”, es un arbitraje que bien pudiera ser arbitrario, sujeto al estado de ánimo o convicciones subjetivas del árbitro, en el cual éstos no están obligados, según criterio de ciertos tratadistas, a motivar el laudo, sino únicamente a expresar su decisión sobre el fondo de la controversia (...) Entonces, de lo que hemos visto, la equidad no es un criterio opuesto al derecho, ni ajeno a éste, sino por el contrario, el medio de interpretación correcto de éste, en función de lo humano y razonable, como lo planteó en su momento el profesor Recasens. Y, en definitiva, siendo el derecho el “arte de lo bueno y lo equitativo”, la equidad no se aparta de él, y mucho menos de la justicia, puesto que ésta es el fin mismo del derecho. Entrar a definir lo que es justicia, no cabe en un estudio de esta naturaleza, que busca profundizar nuestro conocimiento del arbitraje en equidad (...). Personalmente, asumo la tesis de que la “equidad” es la forma correcta de interpretar la ley, para administrar justicia, aquella que va de la justicia general implícita en la ley, a la justicia particular del caso concreto, y en consecuencia no debe entenderse como una facultad excepcional. Y, no se trata, como se ha sugerido, de que la equidad busque la justicia absoluta, aquella que existió antes que el derecho se creara, sino simplemente de interpretar razonablemente, humanamente el derecho. Desde esta perspectiva, podemos concluir que conceptualmente no deben existir mayores diferencias entre un arbitraje en derecho y un arbitraje en equidad, puesto que en ambos se tendrá como norte el derecho y la justicia”<sup>158</sup>.

<sup>158</sup> LARREA, Ana María. *Alcance y Límites del Arbitraje en Equidad*. Ver versión electrónica en:

La Ley de Arbitraje también regula estas dos formas de arbitraje al disponer que:

*Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia.*

- 1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.*
- 2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.*
- 3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.*
- 4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.*

#### **1.4.3. Arbitraje nacional y Arbitraje internacional**

Estas calidades de arbitraje dependerán de la legislación de país determinado, así en el Perú y según el Art. 5° de la Ley de Arbitraje “*un arbitraje con sede en el Perú será internacional, cuando al momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes (Ej. Uno domicilia en el Perú y el otro en Colombia), o ambas partes domicilien en el mismo Estado pero fuera del Perú (Ej. Ambos domicilian en Argentina) o ambas partes domicilien en el Perú,*

---

[http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29\\_21a42\\_alcanceylimites.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29_21a42_alcanceylimites.pdf)

*pero el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutará en otro Estado (Ej. dos empresas peruanas que ejecutarán una obra en Chile). De esta manera, cuando un arbitraje con sede en el Perú se realice entre dos partes domiciliadas en más de un país (diversidad de domicilios) o entre dos partes domiciliadas en un mismo Estado pero distinto al Perú, o entre dos domiciliados en el Perú pero que en el cumplimiento de una parte sustancial de la relación jurídica se ejecutará fuera del país, las normas aplicables a dicho arbitraje serán las contenidas en la Sección Segunda de la LGA. En cambio, un arbitraje con sede en el Perú será Nacional y por tanto se le aplicarán las disposiciones de la Sección Primera de la LGA, cuando ambas partes domicilien en el Perú en el Perú y el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutarán en el país”<sup>159</sup>.*

#### **1.4.4. Arbitraje “voluntario” y Arbitraje en la contratación pública o “forzoso”**

La adjetivación adicional de estas formas de arbitraje (voluntario o forzoso) es en realidad errónea, por cuanto en principio toda forma de arbitraje nace siempre de la voluntad consensuada de las partes, incluso en la contratación pública, toda vez que si bien en estos contratos la Ley impone como cláusulas obligatorias el sometimiento de los litigios a arbitraje, sin embargo tal disposición vendría a ser una suerte de cláusula contractual preestablecidas por la ley, como una suerte de cláusula general de contratación, de modo tal que el particular está siempre en la libertad de contratar o no con el Estado y según dichas cláusulas.

Sobre el particular, Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA afirma que se puede admitir que el Estado –que no obliga a nadie a contratar con sus dependencias- lo que

---

<sup>159</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?”. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 1, Edit. Grijley, Lima, 2005, págs. 228-229.



hace es adelantar por ley su voluntad de arbitrar, es decir, incluirla como una oferta incorporada en una cláusula general a la que debe someterse todo aquel particular que quiera contratar bajo este régimen. Es por ello que este autor prefiere asimilar este tipo de arbitraje a una modalidad de contratación por adhesión<sup>160</sup>.

Resulta necesario redundar a este respecto y en palabras de Carlos CUEVAS MORALES que: “[S]i bien se establece que el arbitraje es de aplicación obligatoria, ello no significa negar el carácter consensual del arbitraje. Lo que ocurre es que una de las partes, en este caso la entidad correspondiente del Estado, incluye –o, mejor dicho, debe incluir– un convenio arbitral dentro de los contratos que celebre con sus proveedores, el mismo que es aceptado por éstos al participar en la respectiva convocatoria pública. Es más, dicho convenio es expresamente aceptado por el proveedor al suscribir el contrato con el Estado. En consecuencia, la obligatoriedad a la que alude la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado está referida a la obligación que tiene el Estado de incorporar en sus contratos el arbitraje, como la forma de resolver sus controversias con sus proveedores”<sup>161</sup>.

#### **1.4.5. Arbitraje comercial, Arbitraje de inversión y Arbitraje popular:**

Como bien afirma Fernando CANTUARIAS SALAVERRY nuestra Ley de Arbitraje ha eliminado el término “comercial”. “La Ley Modelo de UNCITRAL hace referencia al Arbitraje Comercial Internacional. Sin embargo, como explica Mora Rojas la Ley Modelo de UNCITRAL no define qué debe entenderse por materia comercial, optando simplemente por introducir una nota a pie de página, en la que se establece que debe darse una interpretación amplia a la expresión comercial para

---

<sup>160</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado”. En: *Actualidad Jurídica*; Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2008; N° 177, pág. 27.

<sup>161</sup> Citador por Mario CASTILLO FREYRE y Rita SABROSO MINAYA, en: *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 7, Palestra Editores, Lima, 2009, págs. 25-26.

que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios,....., A efectos de evitar malas o limitadas interpretaciones del término ‘comercial’, muchas legislaciones arbitrales han preferido eliminar este requisito”<sup>162</sup>. En este sentido, el arbitraje sería comercial cuando tenga por objeto resolver cuestiones litigiosas derivados de relación jurídica comercial, sea contractual o no.

El arbitraje de inversión que siempre es internacional, “es aquel que se lleva a cabo para dirimir conflictos entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión en base a un acuerdo internacional de inversión firmado entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del cual origina el inversionista. Estos acuerdos internacionales pueden tratarse de un tratado bilateral de inversión (Bilateral Investment Agreement, conocido por sus siglas en inglés como “BIT”) o un tratado de libre comercio con un capítulo de inversión”<sup>163</sup>.

Respecto del *arbitraje popular*, el Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje) en su Primera Disposición Final declara de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tales efectos, encarga al Ministerio de Justicia la creación y promoción de mecanismos que incentiven el desarrollo del arbitraje a favor de todos los sectores, así como de ejecutar acciones que contribuyan a la difusión y uso del arbitraje en el país, mediante la puesta en marcha de programas, bajo cualquier modalidad, que favorezcan el acceso de las mayorías a este medio de solución de controversias, a costos adecuados. Dispone a su vez que el Ministerio de Justicia podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de

---

<sup>162</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?”. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 1, Edit. Grijley, Lima, 2005, págs. 212-213.

<sup>163</sup> STERN VELÁSQUEZ, Myriam. “El Arbitraje de Inversión”. En:  
< <http://www.coladic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2009/07/stern-arbitraje-inversion.pdf>>

formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo.

En este propósito, mediante Decreto Supremo N° 016-2008-JUS se crea el Programa de Arbitraje Popular y mediante Resolución Ministerial N° 0639-2008-JUS de fecha 03 de Diciembre del 2008 se constituye el Centro de Arbitraje Popular denominado “Arbitra Perú” del Ministerio de Justicia, el mismo que se rige por su Estatuto, Reglamento y Tabla de Aranceles respectivo.

Con el llamado arbitraje popular se pretende convertir al arbitraje en una alternativa de acceso a la justicia para todas las personas cuando así las partes lo acuerden y decidan someterse su conflicto de derechos disponibles cuya cuantía sea menos a 20 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Como se advierte, a través del llamado arbitraje popular, el Estado pretende masificar el arbitraje encargándose de organizar y administrar a través de la institución denominada “Arbitra Perú” siempre que la cuantía de las pretensiones no sobre pasen las 20 UIT.

A este respecto, la profesora LEDESMA NARVÁEZ formula crítica a esta institución afirmando que: “Si el impacto de lo popular se ha focalizado en el ‘precio bajo’, o como dice la ley, en el ‘precio adecuado’, habría que preguntarnos si esa estrategia es válida para justificar que el arbitraje sea popular. Pienso que lo popular no incide en la variable económica sino en cómo perciben los usuarios al arbitraje; en cómo se aprecian ellos en esa alternativa. Considero que hay que redefinir el concepto popular en el arbitraje lejos del bajo precio y del servicio masificado, y asociarlo más bien al ‘ejercicio de libertad’, que le permite la posibilidad de elegir un juez privado y de contratar un servicio para definir los conflictos confiados para la solución, dentro de los límites que se requiera”<sup>164</sup>.

<sup>164</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *“Jurisdicción y Arbitraje”*. Segunda Edición, Fondo Edit. PUCP, Lima, 2010, pág. 64.

## 1.5. BONDADES E INCONVENIENTES DEL ARBITRAJE

No cabe duda que el arbitraje brinda muchas BONDADES, entre ellas:

- *Especialización de los árbitros:* Las partes pueden designar de manera libre y voluntaria árbitros especialistas o técnicos en determinadas materias de acuerdo a la naturaleza del asunto litigioso sometido (construcción, seguro, energía, etc.), por lo que las partes podrán acudir libremente a tales profesionales en aras de constituir el tribunal arbitral. Cosa que no ocurre con la justicia estatal donde los jueces son impuestos por el Estado, claro que bajo determinadas garantías mínimas (juez natural, competencia), pero no existe estricta especialización de los operadores jurisdiccionales.
- *Establecimiento de un foro neutral:* Tratándose de arbitrajes internacionales, las partes (por ejemplo de distintos países) pueden acordar escoger un país neutral en donde se desarrollará el arbitraje y hasta determinar las propias leyes nacional o del extranjero a aplicarse. Por ejemplo dos empresas (una peruana y la otra brasileña) vinculados por contrato de obra, pueden convenir someter un futuro litigio a la Corte Internacional de Arbitraje y convenir también que la causa será resuelta mediante las leyes de Nueva York.
- *Mayor disponibilidad y dedicación de los árbitros:* En el arbitraje, los usuarios tienen garantizado la celeridad y eficiencia en la solución del caso dado que los árbitros no tienen carga procesal; y, agregado a ello, la calidad técnica y alta especialización de los árbitros. Asimismo, se puede decir que los árbitros se asumen la función en el conocimiento de la causa casi en forma exclusiva, frente a la excesiva carga de trabajo que muchas veces impide o dificulta la solución justa y eficaz de las causas a su cargo. Se podría decir que frente al brocardo “*la justicia tarda, pero llega*” que resulta aplicable a la justicia

- pública, el arbitraje invoca otro que reza que “*la justicia que tarda no es justicia*”.
- *Mayor celeridad:* El laudo arbitral se obtiene generalmente en un tiempo mucho menor que la sentencia en un proceso judicial, tanto más cuando el procedimiento arbitral es garantizado a través de una sola instancia, en tanto que en el proceso judicial la Constitución establece como principio la pluralidad de instancia.
  - *Confidencialidad:* Frente al principio de publicidad que reina en los procesos judiciales, en el arbitraje las partes pueden optar por la absoluta confidencialidad de todo el procedimiento, por lo que la resolución de la disputa no tiene ninguna resonancia pública.
  - *Flexibilidad de las formas y libertad en el diseño procedimental:* En el arbitraje, las partes tienen amplias facultades para diseñar libremente el tipo de procedimiento que más se adapte a las características de la *litis*, frente a las vías procedimentales generales que se encuentran ya establecidas en las leyes para los procesos jurisdiccionales.
  - *Ejecutabilidad del laudo arbitral:* Los laudos son ejecutables de forma equiparable a una sentencia, y no solo en el país en que se dictan. Gracias al amplísimo número de Estados que son miembros de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, el laudo que se dicte podrá ser reconocido y ejecutado en cualquiera de estos Estados.
  - *Tratamiento legislativo privilegiado del arbitraje frente a la jurisdicción:* En muchos aspectos, el arbitraje tiene un tratamiento privilegiado frente a la función jurisdiccional; así, por ejemplo, a fin de cumplir la finalidad (hacer de la justicia más efectiva), la jurisdicción debe prestar colaboración y realizar

actos complementarios para con el arbitraje (en materia probatoria, con la dación y ejecución de medidas cautelares, con la ejecución del laudo arbitral, etc.). Asimismo, en tanto a que en el proceso jurisdiccional rige el principio de pluralidad de instancias, en el proceso arbitral en cambio el laudo expedido por el árbitro es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Pero, al arbitraje también se le atribuye los siguientes INCONVENIENTES y LIMITACIONES; a saber:

- *Mayor costo económico del procedimiento:* Al tratarse de una “justicia privada” las partes lógicamente tienen que asumir los costos del procedimiento arbitral así como el honorario de los árbitros, entre otros gastos. Esto sin embargo es compensado con las bondades del arbitraje ya descritas. A la larga, muchas veces el costo del proceso judicial es mayor dado el tiempo prolongado de este último y la inmovilización de los bienes y derechos que ello genera. Además muchas veces debe tenerse en cuenta aquel dicho que dice que *la justicia que tarda no es justicia*.
- *Riesgos de una cláusula arbitral mal redactada:* Las cláusulas arbitrales “patológicas” o mal redactadas (cláusulas inexistentes, ineficaces o inválidas) pueden acarrear muchos problemas, por lo que toda cláusula debe ser negociada y redactada con bastante cuidado y por especialistas en arbitraje.
- *Inexistencia de un registro oficial de instituciones arbitrales y de árbitros:* El ejercicio de la potestad arbitral ya sea a cargo de instituciones o por árbitros *ad hoc* no se encuentra regulada, es libre; en todo caso, es el mercado quien se encarga de seleccionar a los que detentan cualidades especiales para tal cargo (organización, infraestructura, conocimientos, especialización, honestidad, responsabilidad, etc.); sin embargo, en tanto el mercado actúe, muchos son perjudicados por males árbitros.

- *Dificultades en el nombramiento y constitución del tribunal arbitral:* La designación de un árbitro o la constitución de un tribunal arbitral depende de la colaboración (basado en la buena fe) de las partes contendientes, basta que uno de ellos asuma conducta obstruccionista, y tal propósito se prolonga en el tiempo y hasta incluso puede ser judicializado. Muchas veces eso depende de una buena cláusula arbitral.
- *Necesidad de la intervención de la jurisdicción:* Los árbitros carecen de poder coercitivo para hacer cumplir sus decisiones, lo que hace necesario la intervención de los jueces para la ejecución del laudo arbitral en sustitución de la voluntad de la parte obligada que se reusa a cumplir. Muchas veces la ejecución judicial del laudo se prolonga demasiado en el tiempo. Eso es algo inevitable, en todo caso viene a constituir una deficiencia propia del Poder Judicial y no del arbitraje.
- *Tendencia a decisiones salomónicas:* Algunos expertos sostienen que los árbitros tienden a tomar decisiones que den en parte la razón a ambas partes, huyendo así de las decisiones completamente favorables a solo una de ellas. En cambio, los jueces tienen el deber de hacer efectivo el derecho sustantivo que corresponda a la parte, hacer efectivo el derecho objetivo mediante la declaración del derecho al caso concreto.
- *Falta de especialización de los árbitros en materia de tutela procesal y el debido proceso:* Generalmente, son escasos los árbitros que tienen alta preparación en derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (o tutela procesal) y debido proceso. Como el arbitraje se desarrolla mediante un proceso o procedimiento, el árbitro –al igual que el juez- debe ser también un especialista en la interpretación y aplicación de los principios y garantías de la administración de justicia. Frente a la alta preparación en materia de derecho

sustantivo que tienen y motivo por el cual fueron designados por las partes, los árbitros tienen sin embargo deficiencias en materia de derecho procesal y particularmente en los principios y garantías constitucionales de la administración de justicia, los cuales son también de aplicación a otras formas alternativas de impartición de justicia como el arbitraje.





## CAPÍTULO II

### LA JURISDICCIÓN:

#### ENTRE EL *IUS IMPERIUM* Y LA UNIDAD DE LA JUSTICIA PÚBLICA

##### 2.1. ESTADO, SOBERANÍA Y SEPARACIÓN DE FUNCIONES

Jurisdicción y Arbitraje tienen de común en que ambos constituyen mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos. En el capítulo anterior hemos expuesto profusamente acerca de los fundamentos del arbitraje el cual tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes contendientes frente a cualquier otra voluntad y autoridad, como la del Estado.

Nos toca ahora en el presente Capítulo tratar acerca de los fundamentos de la jurisdicción o función jurisdiccional, sus elementos configuradores, así como el desarrollo de alguno de sus principios fundamentales como la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, todo lo cual nos servirá como marco teórico para los fines de la presente investigación.

### 2.1.1. El Poder, Soberanía o *Ius Imperium* como la esencia del Estado

La jurisdicción tiene su fundamento en la Soberanía, Poder o *Imperium* que el Estado ejerce desde su aparición en la sociedad. De este modo la jurisdicción tiene su razón de ser en el Estado. Una de las funciones esenciales del Estado es precisamente la función jurisdiccional. La jurisdicción aparece cuando aparece el Estado. Claro que tal afirmación constituye una conjetura sociológica, pues no existe sustento documentario al respecto; sin embargo, resulta imposible concebir la “imposición” y la mantención en el tiempo de un mecanismo de solución de conflicto sin basarse en el “poder” de algo o de alguien muy bien organizado.

El Estado, si bien constituye modernamente la organización jurídica de la sociedad en un determinado territorio en la que ejerce Soberanía sobre sus miembros pero para un fin racional: la justicia, el bien común, la defensa de la persona humana y su dignidad; sin embargo, esta concepción contemporánea resulta ser reciente, más o menos en el Siglo XVIII con el Estado de Derecho hasta su actual desarrollo con el Estado Constitucional y Democrático-Social de Derecho que caracteriza a la gran mayoría de Estados del orbe.

En puridad, la aparición del Estado, dentro de la conjetura sociológica, se da desde que en la evolución del hombre y de la sociedad humana, ya organizados en tramados sociales, aparecen grupos o clases sociales diferenciados en las que unos van apoderándose (tomando poder) de los medios de producción para a través de los mismos someter a los otros para con el fin de satisfacer de la mejor manera posible las necesidades de tales clases o grupos ya organizados conforme a una comunidad de fines e intereses. Así, donde ya ha existido poder organizado es probable que haya ya existido también Estado aunque sea en su forma rudimentaria. Así, la esencia del Estado, en todo su desarrollo histórico, es y ha sido siempre el Poder que una clase social o grupo ha venido detentando a través de la empoderamiento de los medios de

producción. Sociológicamente al menos así concebimos al Estado. Jurídicamente dicho Poder se denomina Soberanía o *Ius Imperium*.

Debe también concebirse que la aparición del Estado fue algo inevitable por cuanto como afirma Fernando SILVA SANTISTEBAN, citado por Víctor GARCÍA TOMA: “es inherente a la naturaleza de toda actividad humana que algunos individuos puedan controlar el comportamiento de otros, puesto que ningún grupo humano puede funcionar en forma efectiva a menos que algunos individuos desempeñen la tarea de coordinar, dirigir e integrar los esfuerzos de los demás, asumiendo con ello la responsabilidad propia de tales actividades”<sup>165</sup>. Lo cual quiere decir que efectivamente, es prácticamente imposible la formación y desarrollo de la sociedad humana sin una organización en base al poder y la autoridad. Algunos miembros de la comunidad han tenido inevitablemente que mandar y otros seguramente que obedecer o aceptar la autoridad impuesta. Sobre el origen del Poder hay en verdad diversas teorías, sin embargo lo cierto es que el Poder es consustancial a la existencia de la sociedad humana misma. No hay sociedad sin poder y sin autoridad. Ninguna sociedad o comunidad de hombres pueden subsistir sin este elemento esencial. Así, el Estado no es sino la máxima creación del hombre consistente en la organización jurídico-político-económico-social y cultural de la sociedad en base al poder o soberanía.

El profesor GARCÍA TOMA culmina afirmando que: “En términos globales, el poder estatal es un mero instrumento al servicio de una idea de derecho. Este papel se resume en los tres conceptos siguientes: la unidad, la dirección y la especialización. Desde esta perspectiva, debe recordarse que la especie humana – sociable por naturaleza- estima y necesita de todo aquello que le asegure cohesión; el ejercicio del poder es una herramienta indispensable para la consecución de dicho propósito”<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Tercera Edición, Edit. ADRUS, Arequipa-Perú, 2010, pág. 95.

<sup>166</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. *Ob. Cit.*, pág. 123.

El politólogo André HAURIUO nos enseña también que: “El poder es inherente a la naturaleza humana (...) Hay que considerar que la aptitud y el gusto por el poder son cualidades naturaleza del espíritu humano, al menos para ciertos individuos (...) El poder es creador de organizaciones sociales (...) El poder comporta en sí dos elementos: El elemento Dominación y el elemento Competencia. Todo poder, incluso el más legítimo y consentido en su principio, comporta una combinación de dominación y competencia. No hay equipo en el poder, por desinteresado que sea, que no tenga una cierta voluntad de dominación y cuya autoridad, por mucho que encuentre sostén en la opinión pública, no tenga necesidad de sanciones de fuerza material, es decir, de ejercer un poder de dominación contra los recalcitrantes. El gobierno de un grupo exige con frecuencia medidas que deben ejercitarse con carácter colectivo, bajo pena de graves peligros para la comunidad (...). Pero al lado de la dominación se encuentra la competencia, la aptitud para dar soluciones justas a los problemas que se plantean para la conducción del grupo. Por lo demás, esta especie de autoridad que acompaña naturalmente a la competencia conlleva la adhesión de los interesados y hace que, normalmente, los mandatos de la autoridad encuentren obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción. En el ejercicio del poder, la competencia ocupa el primer puesto y el segundo corresponde a la dominación”<sup>167</sup>.

Raúl FERRERO REBAGLIATI expresa que: Al poder del Estado se le llama soberanía, del punto de vista jurídico, o sea en cuanto facultad que tiene para trazar la conducta de los gobernados y la de los propios gobernantes. La voz soberanía indica supremacía, o sea poder superior a todo otro dentro del territorio nacional. Las decisiones del Estado son supremas, sin que pueda oponérsele ninguna otra voluntad institucional. El Estado es comunidad de comunidades, institución de instituciones. Tras una larga historia, sobre todo a comienzos de la edad moderna, el Estado ha

---

<sup>167</sup> HAURIUO, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Públicas*. Barcelona, Editorial Ariel, 1980, pág. 129-137. Ver también en: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos y RUBIO CORREA, Marcial. *Derecho Constitucional General*. Segunda Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1987, pág. 178-181.

impuesto su decisión respecto de toda otra institución, sea Iglesia, Universidad, corporación municipal, sector armado, etc.<sup>168</sup>.

Así, la Soberanía, que constituye el elemento esencial y originario del Estado, puede ser entendida también –con Darío HERRERA PAULSEN- como el poder supremo que reside en el Estado y cuyas cualidades peculiares lo diferencian de la autoridad existente en toda ora sociedad humana y cuya amplitud e independencia le dan calificativo de soberanía o supremo<sup>169</sup>.

Como reitera Raúl FERRERO: La soberanía reside en el Estado, centro de imputación de todas las órdenes (...). Reside en el Estado y es cualidad inherente al poder. El pueblo es el calificado para designar quiénes deben gobernar, o sea que personas ejercerán el mando que corresponde al Estado. Las elecciones son el medio jurídico, el mecanismo empleado para determinar quienes inviten el poder, pero no constituyen la fuente de éste (...) Aparte del Estado, ninguna autoridad tiene la facultad de compulsión material. Tras una lucha secular, el Estado ha logrado absorber el Poder. Sólo él posee la facultad de *imperium*; cualquiera otra autoridad que ejerza compulsión material, lo hace por delegación emanada del Estado<sup>170</sup>. Uno de los filósofos políticos más importantes, John Austin, sostiene que en toda sociedad existe un poder supremo, incontrolado, inalienable e indivisible a cuyo cargo está la decisión final de las cuestiones de interés general. Cuando aquella sociedad es el Estado, ese poder supremo, incontrolado, inalienable e indivisible se llama soberanía y se define como el instrumento que declara inapelablemente el derecho, que no está sujeto a ninguna autoridad superior y que puede emplear, sin limitaciones, la coacción sobre quienes están sometidos a su poder.

<sup>168</sup> FERRERO, Raúl. *Ciencia Política*. Séptima Edición (Póstuma), Edit. Gráfica D Lino's. Lima, 1984, pág. 149.

<sup>169</sup> HERRERA PAULSEN, Darío. *Curso de Derecho Constitucional. Teoría General*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1970, pág. 67.

<sup>170</sup> FERRERO, Raúl. *Ob. Cit.*, págs. 152-153.

El término Soberanía indica entonces el poder estatal, en cuanto sujeto único y exclusivo de la política. Tal concepto político permite al Estado moderno oponerse -a la organización medieval del poder, representado por el papado y por el imperio. El Estado realiza la soberanía con la finalidad de concentrar el poder en una única instancia y, de ese modo, mantener el monopolio de la fuerza en un determinado territorio, sobre un pueblo y favorecer la máxima unidad y cohesión política<sup>171</sup>.

Víctor GARCÍA TOMA agrega por su parte que: “El poder estatal se encuentra por encima del resto de los poderes existentes en el Estado, se centraliza y se superpone sobre estos, los cuales quedan relegados, sometidos, absorbidos, subordinados, etc. Esta “supremacía” asegura la existencia y unidad del Estado. La soberanía conlleva a ser entendida como la potestad político-jurídica que permite decidir libremente sobre los asuntos internos y externos de un Estado. Germán BIDART CAMPOS señala que la única definición admisible sobre la soberanía es aquella que inexorablemente se ofrece por negación: ‘Se trata de una cualidad del poder que lo hace no dependiente ni subordinado, y que garantiza la existencia y supremacía del Estado’”<sup>172</sup>.

### 2.1.2. La soberanía popular como la fuente del poder estatal

Desde el plano ideológico, se discute de cuál sea la fuente de dicha Poder o Soberanía del Estado. Es decir: ¿En qué reside dicha soberanía? ¿En una deidad, en la naturaleza, en el pueblo, en el proletariado?

En la época de los Estados antiguos (Egipto, Hebreos, China, Maya, Azteca, Inca, etc.) por ejemplo, los gobernantes y los gobernados mismos pensaban que el

<sup>171</sup> Citado por Agemir BAVARESCO. “La crisis del Estado-Nación y la teoría de la soberanía en Hegel”. Ver versión electrónica en:

< <http://www.raco.cat/index.php/RecercaPensamentAnalisi/article/viewFile/106716/153085>>

<sup>172</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. *Ob. Cit.*, pág. 113.

poder que ejercían los reyes y príncipes, provenían de los dioses o de la naturaleza<sup>173</sup>. Los marxistas-leninistas buscan reivindicar el poder de la clase obrera o proletariado como la única clase capaz de conducir los destinos de la humanidad hacia el comunismo, propugnando incluso la desaparición –en algún momento– del Estado y del Derecho. Nada más quimérico e idealista y contrario al materialismo que profesan.

Hoy por hoy, sin embargo, es la *teoría del contrato social y la soberanía popular* la que tiene mayor aceptación como sustento de la fuente ideológica del poder como elemento del Estado democrático-social de derecho. Consideran los propugnadores de esta teoría (Tomas Hobbes, John Locke y Juan Jacobo Rousseau<sup>174</sup>) que la soberanía pertenece originalmente a los individuos, quienes por

<sup>173</sup> Por ejemplo en el Libro Proverbios VIII, 15,16 de la Biblia se lee: “Por mí reinan los reyes (...) por mí los príncipes mandan y los jueces administran justicia”. Igualmente en el Libro de la Sabiduría 6,3 se lee: “Escuchen, pues, reyes y comprendan (...). Porque el Señor es el que les dio el poder y la realeza se las dio el Altísimo”. San Pablo en su Epístola a los Romanos XIII, 1-5 señaló que: “Toda persona está sujeta a las potestades superiores, porque no hay potestad que no provenga de Dios; y Dios es el que ha establecido las que hay pues en el mundo (...) por lo cual, quienes desobedecen a las potestades, a la ordenación o voluntad de Dios desobedecen (...) El príncipe es un ministro de Dios puesto para tu bien; por tanto, es necesario que le estéis sujeto no solo por temor al castigo, sino también por obligación de conciencia”. Ver estas citas recogidas por GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Tercera Edición, Edit. ADRUS, Arequipa-Perú, 2010, pág. 103.

<sup>174</sup> Respecto de la *teoría del contrato social*, como antecesores de esta teoría, se tiene a Aristóteles quien señalaba que: “*El Estado nació de la necesidad de vivir, y existe por causa de la necesidad de vivir bien*”, así como el hombre es un animal social incapaz de subsistir fuera de la comunidad de sus semejantes, porque necesita debido a su naturaleza de ser social para llegar a su perfección. El hombre, entonces, es social por naturaleza y su integración a la sociedad es parte de ese impulso social.

También Platón, en su obra *La República*, da las bases para la estructuración de un Estado Ideal en el que debe prevalecer la justicia como valor supremo. Posteriormente, en su obra *Las Leyes* modificó su concepción del Estado Ideal ya que se percató que debido a las imperfecciones de la persona humana era imposible llegar a la imperfección del Estado, por lo tanto, planteó la necesidad de implantar el orden jurídico como elemento imprescindible en la comunidad política.

Santo Tomás de Aquino, máximo exponente de la Escolástica de la Edad Media, partiendo de la concepción de la necesidad de la sociedad política en la vida del individuo como ser social, justifica la comunidad política como instrumento para el desarrollo de la sociedad para la obtención del bien común y como unificador de la sociedad para evitar su disolución a causa del egoísmo que existe entre los hombres.

un cálculo racional realizan un pacto social con el que establece las reglas básicas de convivencia, incluyendo aquellas bajo las que se elige a los representantes y se formulan leyes, logrando así una unidad entre sociedad y gobierno con base en el derecho.

Particularmente Rousseau, señaló que el único soberano es el pueblo, es decir que si bien el Estado ejerce soberanía, tal poder proviene del pueblo, entendido este último como una asociación de personas que tienen la condición de ciudadanos. Así, el pueblo (es decir la ciudadanía) –según Rousseau- se expresa a través de la

---

Sin embargo, fue Tomas Hobbes, quien en su obra “*Leviathan*” (1651) nos brinda una exposición impresionante de la *teoría del contrato social* partiendo como base la naturaleza esencial del hombre, quien según Hobbes, es un animal egoísta. El solo motivo de sus acciones es el deseo de satisfacer sus propios apetitos. El hombre, por consiguiente, es un animal sociable por su propia naturaleza, que solamente encuentra pena en la compañía de sus semejantes, ya que todos son igualmente rapaces y egoístas. El estado de naturaleza es por consiguiente un estado de guerra, la guerra de cada uno contra todo; un estado en el que el hombre vive solitario, pobre, gruñón, bruto y apocado. Estas condiciones impulsan al hombre con necesidad evidente a unirse con sus semejantes bajo el control de una autoridad común, resultando la sumisión universal a cualquiera forma de gobierno, por despótico que sea, ya que esto es preferible a la constante guerra del estado de naturaleza.

A su turno, Jhon Locke, contemporáneo de Hobbes, presenta de manera muy diferente la teoría del contrato social. Según Locke no es de guerra universal el estado de naturaleza, que sin embargo es inconveniente y desagradable. Los hombres son impulsados a abandonar la libertad del estado de naturaleza y a someterse a las restricciones de la sociedad civil. Sin embargo, en el contrato que celebran, el monarca a quien convienen someterse, es parte y se mantiene su investidura única y exclusivamente por virtud de su puntual cumplimiento con los términos del contrato. Si el rey los quebranta, el contrato quedaría resuelto.

Finalmente, Juan Jacobo Rousseau, en su obra más importante acerca de su doctrina política “*El Contrato Social*”, expone la teoría afirmando que el hombre en sus inicios vivía en una edad primitiva de total libertad, en un plano de igualdad con los demás. Obviamente, la necesidad de subsistir hizo que el hombre empezara a desarrollarse naciendo con ello el enfrentamiento y la desigualdad entre los hombres, por lo que a fin de recuperar la libertad y que más bien la sociedad no entre en un caos, optan los hombres por someterse a un gobernante dando vida al Estado, en donde los hombres ceden a la comunidad, quien fuera la depositaria de la soberanía, sus derechos que serían devueltos mediante la protección. Era un pacto habido entre hombres en el cual le cedían al gobernante soberano la voluntad colectiva, desafortunadamente, hubo abuso de poder y por ello, fue necesario hacer uso del Derecho, quedando tanto los gobernantes como los gobernados dentro del marco de la ley. Es decir, los gobernantes sólo pueden hacer lo que la ley les permite y los gobernados pueden realizar todo lo que no les prohíban. Por lo tanto, un Estado regido por normas jurídicas se considera como un Estado de Derecho.



voluntad general (mecanismos democráticos), y que tal expresión era la voluntad del soberano.

Según Benjamín CONSTANT, citado por Magdiel GONZÁLEZ OJEDA: La soberanía popular es el principio de la supremacía de la voluntad general sobre cualquier voluntad particular. Se trata de la potestad del pueblo o la nación, de organizarse jurídica y políticamente, no reconociendo otro orden superior, potestad o voluntad del pueblo que es política, y que resulta una decisión jurídica cuando se da en los marcos establecidos y constituye fuente de validez del orden jurídico-político del Estado<sup>175</sup>.

La Constitución nuestra, como todas las imperantes en nuestra historia republicada, recoge también la doctrina de la soberanía popular como uno de los principios fundantes del Estado peruano.

El artículo 45° de nuestra Norma Fundamental declara que: *El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.*

Asimismo, la soberanía popular es también invocada en el Preámbulo de la Constitución cuando dice que el Congreso Constituyente Democrático da la Constitución obedeciendo el mandato del Pueblo Peruano. El artículo 3 de la Constitución reconoce también a la soberanía del pueblo como un principio del Estado Democrático de Derecho.

También esta doctrina es recogida a su vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece: “Artículo 21.- (...) 3. La voluntad del pueblo es la

---

<sup>175</sup> GONZÁLEZ OJEDA, Magdiel. *Derecho Constitucional General*. Edit. Universitaria de la Universidad Ricardo Palma. Lima, 2013, pág. 118.

*base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.*

El Tribunal Constitucional sentencia al respecto lo siguiente: “El artículo 45° de la Constitución establece que el poder del Estado emana del pueblo, lo cual constituye la expresión política de la soberanía popular, propio de todo Estado social y democrático de derecho con el que se identifica la Nación, y a la cual este Colegiado debe remitirse (...). En toda institución pública, quienes ejerzan el poder deben estar sometidos a la expresión popular propia de un régimen democrático que se encuentra consagrada en el texto constitucional”<sup>176</sup>.

### **2.1.3. La separación de poderes en el Estado de Derecho**

Volviendo a la noción de Estado como la organización jurídico-política del poder (poder soberano o simplemente soberanía), Carlos Luis de Secondat – Barón de Montesquieu en *El Espíritu de Las Leyes* sostiene y propone la hoy clásica división de poderes del Estado señalando que: “*En cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo; el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes; y el Poder Judicial de las cosas que dependen del derecho civil*”. En virtud del primero, el Estado aprueba leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadores, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero castiga los delitos y juzga diferencias existentes entre los particulares. Montesquieu establece a su vez que los poderes del Estado no solo deben estar separados, sino adicionalmente deben ser observados en una permanente actitud de control, por la vía de las

<sup>176</sup> STC N° 0050-2004-AI/TC, 03/06/2005, Fundamento Jurídico 1. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>

facultades de estatuir e impedir. En suma, Montesquieu propone: a) La distinción de tres especies de poder público; b) El desempeño de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales por parte de personas distintas. Diría él que: “*Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales o de los nobles o del pueblo, ejerciese [...]*”; y, c) El recíproco control: “*Es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder*”.<sup>177</sup>

Respecto a la llamada división de poderes, válidamente el profesor GARCÍA TOMA observa que: “La voluntad del Estado (soberanía) en razón de ser la expresión cabal de poderío no puede dividirse, por lo que resulta impropio utilizar la expresión *división de poderes*. Evidentemente el poder estatal no puede ser uno y trino a la vez. El concepto de un poder soberano que se descompone en tres sin dejar de ser uno, resulta ser solo una abstracción metafísica. El poder es uno porque solo así garantiza la organización uniforme, singular y jerárquica del estado, fundiendo en una inmensa síntesis todas sus particularidades. La diversidad de órganos y funciones no determina de manera alguna la fragmentación del poder. El hecho de la participación de diversas fracciones o porciones no produce en él ninguna variación sustancial o de naturaleza. La unidad del poder se justifica por la necesidad de que sea una sola voluntad la que en definitiva indique lo conveniente para el bien común. La indivisibilidad del mismo no admite excepciones. La distinción entre las actividades estatales y la existencia de una pluralidad de competencias políticas y administrativas (descentralización y desconcentración) no alteran en lo absoluto la unidad del poder estatal. No existen en el Estado los mal denominados “poderes”, sino una potestad única que es su voluntad de dominación, cuyo ejercicio pasa por diversas fases: *decisión, ejecución y restitución o reparación*. Las diversas etapas de la actividad estatal requieren de la intervención de una serie de órganos plurales (...). Al respecto, Jorge SARMIENTO GARCÍA [*Derecho Público*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998] refiere que ‘suele usarse la palabra ‘poder’ indistintamente para designar a la vez al poder político mismo, a las funciones del

---

<sup>177</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Tercera Edición, Edit. ADRUS, Arequipa-Perú, 2010, pág. 204.

poder y a los órganos estatales que lo ejercen, sin duda por influencia de Montesquieu quien adoptó como regla general el vocablo 'poder' dándole un sentido más amplio [...] sin embargo, en la actualidad, la doctrina enseña que el poder del Estado es único e indivisible, como también está de acuerdo en distinguir entre aquél, sus funciones y sus órganos'. Por ende, advierte a modo de sentencia acerca de que: 'la unidad del poder político es atraída por la unidad del fin para cuyo logro existe, y por la propia unidad del Estado, por lo que en realidad solo son distinguibles las 'funciones del poder' y los 'órganos que lo ejercen''<sup>178</sup>.

En nuestra Constitución, no obstante a que el artículo 43° declara que el Estado se organiza según el principio de separación de poderes. Sin embargo, es claro que, hoy por hoy, la doctrina contemporánea reconoce más bien una división de las funciones del Estado a través de sus órganos estatales competentes y no de "división de poderes".

Es más, como afirma GARCÍA TOMA:

"La práctica constitucional demuestra, de una manera inexorable, que ningún órgano estatal se encuentra dedicado única y exclusivamente al ejercicio de una función, así como tampoco a su verificación plena o total. Se reconoce la existencia de cuatro funciones estatales, en atención a su naturaleza jurídica, a la esencia material del acto, a su dirección finalista y al mecanismo funcional de la realización del derecho. Al respecto estas son las siguientes: función normativa, función administrativa, función jurisdiccional y función contralora.

a) Función normativa. Consiste en la elaboración de reglas jurídicas, ya sean de carácter general, abstractas e impersonales; o individuales, concretas y personales. Implica la regulación de las conductas existenciales y coexistentiales (...).

<sup>178</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. *Ob. Cit.*, págs. 197-198.

b) Función ejecutivo-administrativa. Consiste en la formulación global de la acción gubernamental y en la adopción de las medidas fundamentales destinadas a la verificación en la realidad (...).

c) Función jurisdiccional. Consiste en la resolución de reclamaciones, quejas, demandas y denuncias de carácter jurídico. Implica la dirimencia en los conflictos interindividuales (...) La doctrina señala, que cuando se produce una disputa jurídica o se lesiona o amenaza un derecho surge la necesidad de conocer la verdad del estado; vale decir, la certeza judicial de la legalidad o no de pretensiones en pugna (...).

d) La función contralora. Consiste en el aseguramiento de la limitación del poder en favor de los valores y principios condicionantes de la acción estatal. Por ende, devienen en la ejecución de acciones de comprobación, comparación, supervisión, evaluación y hasta de anulación de actos administrativos o legislativos contrarios a la Constitución o las leyes. Implica adicionalmente, la ejecución de medidas en pro de la eficacia, eficiencia, legalidad y moralidad del quehacer estatal. En puridad, consiste en la vigilancia y verificación de la legalidad, oportunidad o conveniencia de las conductas manifestadas o no manifestadas por los gobernantes o gobernados. Dicha función puede encontrarse implícitamente contenida en la doctrina de Montesquieu cuando al hacer referencia a las facultades de estatuir e impedir, invocaba la posibilidad de corregir o anular lo decidido por otro órgano.

Estas [cuatro] funciones son ejercidas por los órganos estatales, bien con un carácter de actividad principal o con uno de actividad subsidiaria. En el primer caso la función se convierte en la tarea sustantiva y básica de un órgano, es decir, en la razón de ser de la existencia del órgano; en el segundo deriva en una actividad accesoria o colateral a la esencial<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. *Ob. Cit.*, págs. 214-217.

Así, al llamado Poder Legislativo le corresponde esencialmente la función de normación y control. Al llamado Poder Ejecutivo le corresponde principalmente la dirección política y la acción inmediata del Estado; y, al Poder Jurisdiccional le corresponde esencialmente la dirimencia de los conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica. Cada uno de estos “Poderes” del Estado está constituido por un conjunto de órganos e instituciones que formando parte de dichos Poderes existen para el logro de los fines esenciales y accesorios del Poder de la que forman parte.

Finalmente, existen a su vez los llamados Órganos Constitucionales Autónomos los cuales no forman parte de ninguno de los tres “Poderes” del Estado, sino que por mandato constitucional gozan de autonomía, son creados directamente por la Constitución asignándoles funciones específicas que bien pueden ser de naturaleza ejecutiva, legislativa, jurisdiccional o contralora, tales como el Jurado Nacional de Elecciones (que cumple esencialmente la función de administrar justicia en materia electoral), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (que esencialmente le corresponde organizar los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular), el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (que esencialmente tiene por función tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil. Emite las constancias correspondientes. Prepara y mantiene actualizado el padrón electoral), la Defensoría del Pueblo (que vela por el cumplimiento de los servicios públicos a cargo del Estado), la Contraloría General de la República (ejerce control sobre las cuentas de la república a cargo del estado y sus organismos e instituciones), el Consejo Nacional de la Magistratura (encargado de los procesos de selección y nombramiento de magistrados así como de su ratificación y proceso disciplinario de destitución), el Banco Central de Reserva (encargado de preservar la estabilidad monetaria, emisión de billetes y monedas) y la Superintendencia de Banca y Seguros y de Administradoras de Fondos de Pensiones (que ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones).

El Tribunal Constitucional al respecto establece que:

*“Respecto del principio de separación de poderes, también ha establecido este Colegiado que, conforme a los artículos 3° y 43° de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado Democrático y Social de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.*

*Sin embargo, la separación de poderes que configuran nuestra Constitución no es absoluta, porque la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes.*

*El principio de separación de poderes persigue pues asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38°, 45° y 51°).*

*Por lo tanto, queda claro que el principio de separación de poderes no sólo resulta un parámetro del estado destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que lo conforma, sino que, de acuerdo con su*

evolución, actualmente también implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones”<sup>180</sup>.

#### 2.1.4. El control entre los poderes del Estado: *Checks and balances*

Resulta también necesario precisar que entre los llamados Poderes del Estado existe un recíproco y cuasi paritario control entre quienes ejercen titularidad de los órganos estatales. Ello a efectos de que no se abuse del poder y se vulnere la libertad de los miembros del cuerpo político. El Estado contribuye a asegurar la libertad de sus miembros cuando cuenta con un sistema de frenos y contrapesos. Así, mediante la técnica que los anglo-sajones bautizaron como *checks and balances* cada órgano puede influir y hasta corregir los excesos y faltas de los otros<sup>181</sup>. A modo de ejemplo pueden mencionarse las siguientes:

- a) Desde el Poder Ejecutivo se utilizan la observación presidencial de una ley, la disolución del Parlamento.
- b) Desde el Poder Legislativo se utilizan la interpelación, la censura, el voto de investidura, la estación de preguntas, la acusación constitucional a los altos funcionarios del Estado, entre otros, al propio Presidente de la República, a los congresistas, a los ministros, a los Jueces Supremos, los Fiscales Supremos, a los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, al Defensor del Pueblo y al Contralor General.

<sup>180</sup> STC N° 0005-2006-AI/TC, Fundamentos Jurídicos 12-15. Ver la sentencia en:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI.html>>

<sup>181</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. *Ob. Cit.*, pág. 213.



- c) Desde el Poder Judicial se utiliza el proceso contencioso-administrativo para revisar la actuación de la justicia administrativa o el control difuso para inaplicar una ley por ser contrario a las disposiciones constitucionales.

El Tribunal Constitucional establece a su vez que:

*“4. La doctrina de la separación de poderes, que fue esbozada por John Locke, expuesta por Carlos de Secondat Barón de Montesquieu y la Brede, y complementada en el siglo XX por Karl Loewenstein, tiene por esencia evitar, entre otras cosas, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconocer los derechos y las libertades fundamentales.*

*Al respecto, Montesquieu, en su obra “El Espíritu de las Leyes” sostuvo que: “No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares”.*

*5. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.*

6. Como tal, la Constitución de 1993 lo ha acogido como principio fundamental, consignándolo expresamente en el artículo 43° del Título II: Del Estado y la Nación, al establecer que el gobierno de la República del Perú “(...) se organiza según el principio de separación de poderes (...)”.

7. Dentro de esta forma de concebir la organización del Estado, la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.

8. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que: “(...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución (...)”. [Caso del Tribunal Constitucional, Parágrafo 73]<sup>182</sup>.

### 2.1.5. La unidad del poder estatal

Finalmente, cabe también precisar respecto otra de las características del Estado contemporáneo como es su unidad. Hablar de unidad del Estado es referirnos a la unidad del poder o soberanía que ejerce. No hablaríamos de Estado si es que el poder que ejerce es compartido con otras instituciones al margen de la voluntad del propio Estado. Si bien existe otras instituciones sociales como la Iglesia, las universidades, los medios de comunicación que también ejercen cierto poder dentro de la sociedad, sin embargo el Estado tiene el imperio de regular incluso el ejercicio de tales poderes “tolerados” o “permitidos”, claro dentro de los principios y valores

<sup>182</sup> STC N° 0023-2003-AI/TC. Ver sentencia en:  
<<http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>>

establecidos por el poder constituyente en la Constitución y las leyes de desarrollo constitucional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que: *“La unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Respetando su contenido, existe una redistribución funcional y territorial. Es así como se subordina el principio de jerarquía normativa al de competencia: la unidad prima sobre la diversidad”*<sup>183</sup>.

Marcial RUBIO CORREA al respecto nos recuerda: “El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha tratado de precisar el concepto de lo unitario y su importancia dentro de la organización del poder constitucional en el Perú (...) En este marco, la unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Respetando su contenido, existe una redistribución funcional y territorial. Es así como se subordina el principio de jerarquía normativa al de competencia: la unidad prima sobre la diversidad’. El fundamento del Estado peruano es la unidad estatal, no la descentralización. Esta relación debe ser entendida: la descentralización es indispensable y debe formar parte del Estado contemporáneo peruano, pero la regla es que el Perú es uno y no varios. En otras palabras, la razón definitoria del Perú es su unidad. Sin embargo, el Tribunal es enfático en afirmar que en el Estado debe también existir una redistribución funcional y territorial del poder (...)”<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> STC N° 0002-2005-PI/TC, 18/02/2005, Fundamento Jurídico 45. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00002-2005-AI.html>

<sup>184</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, págs. 42-43.

## 2.2. LA JURISDICCIÓN O FUNCIÓN JURISDICCIONAL: FUNDAMENTOS

### 2.2.1. La función jurisdiccional como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos

La jurisdicción o *función jurisdiccional* (como modernamente también se le conoce<sup>185</sup>) constituye sociológicamente –al igual que el arbitraje– un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos de intereses. Es heterocompositivo por cuanto la composición del litigio está a cargo de un tercero (el Juez) quien es ajeno a los sujetos del conflicto y a éste mismo, al igual que el árbitro en la justicia arbitral. La diferencia entre ambos mecanismos de resolución de conflictos radica en el origen de la potestad para el cumplimiento de dicha función.

En principio, dijimos, que el arbitraje constituye desde sus orígenes un mecanismo natural de solución de conflictos, una reacción natural y hasta instintiva (se podría decir) de supervivencia del grupo frente al conflicto y la iniquidad de la defensa privada. Los hombres ya organizados en grupos (*gens*) o tribus encuentran

<sup>185</sup> Adolfo ALVARADO VELLOSO advierte que: “La voz jurisdicción es otra de las tantas que se utilizan equívocamente en el ámbito del derecho, provocando notable desconcierto entre los juristas y haciendo imposible un adecuado diálogo entre ellos.

En cualquier obra jurídica se puede ver que sea emplea la voz jurisdicción para referir a varios fenómenos que poco y nada tienen que ver entre sí: indica el ámbito territorial en el cual el Estado ejerce su soberanía; señala el territorio en el cual cumple sus funciones un juez; muestra el conjunto de prerrogativas de un órgano del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial); refiere a la aptitud que tiene un juez para entender en una determinada categoría de pretensiones y, por fin, tipifica la función de juzgar.

Fácilmente se puede comprender que esta equivocidad terminológica, proveniente de designar con un mismo nombre a diferentes fenómenos que se exteriorizan en la vida jurídica, es altamente disvaliosa y posibilita que se critique al derecho mediante la afirmación de su carácter a científico.

Para evitar todo ello, parece imprescindible armonizar y sistematizar el contenido de los vocablos de uso técnico, asignándoles un significado preciso. Y así, no habrá que utilizar la palabra jurisdicción sino *competencia territorial, soberanía, prerrogativas*, etcétera, cuando se trate de mencionar fenómenos jurídicos ajenos a la *función estatal* propiamente dicha que desde antaño es conocida con esta denominación”. Ver en: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, s/f, págs. 129-130.

en el arbitraje un mecanismo mucho más racional que la *autodefensa* (que imperaba en la época del salvajismo y se basaba en el empleo de la fuerza y en la composición unilateral del conflicto la cual ponía en peligro la paz social y tendía a la desintegración del grupo) y mucho más efectiva que la *autocomposición* (por cuanto a veces el arribo a la solución consensuada era muchas veces difícil de encontrar). Es así, que los sujetos contendientes “acuerdan” someter el conflicto a cargo de terceras personas del grupo con especiales cualidades por su leal saber, honestidad, prudencia y demás valores necesarios para una justa y razonable solución del conflicto y a cuya decisión se obligaban libremente los contendientes.

Dentro de esta lógica, se entiende que así ha aparecido el arbitraje, remontándose sus orígenes hasta la formación y desarrollo del grupo humano y la sociedad. Se practicaba ya el arbitraje en las gens, las aldeas y tribus. Existen varios documentos que dan cuenta de la antigüedad del arbitraje ya efectuados el recuento en el primer capítulo al tratar acerca del fundamento *ius*-sociológico del arbitraje.

Ya, muy posteriormente, en los albores de la civilización, allí cuando el Estado como aparato coercitivo ya había nacido y ergo “asume directamente la función plena de garantizar el derecho mediante órganos propios investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias”<sup>186</sup>, el hombre y la sociedad ingresan al mecanismo de la *composición jurisdiccional* o simplemente *jurisdicción*, en donde el Estado, por encima de la voluntad de sus miembros, se sustituye en la voluntad del individuo para por medio de su *imperium* (poder o soberanía) designar los órganos (juez o tribunal) encargados de componer todo litigio con trascendencia jurídica, empero no de cualquier modo, ni sólo mediante el simple leal saber del Juez sino mediante el Derecho instituido a su vez por el Estado, monopolizando incluso dicha potestad de resolver los conflictos en forma única y exclusiva y contando incluso con la fuerza pública necesaria para hacer cumplir lo resuelto (*coertio, executio*), manteniendo sin

---

<sup>186</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; Tomo I, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 149.

embargo como forma alternativa la solución de determinados conflictos (los referidos a derechos e intereses de libre disposición por las partes) mediante los demás mecanismos autocompositivos (conciliación, transacción) y heterocompositivos como el arbitraje, y permitiendo incluso en forma excepcional situaciones permisivas de autotutela o defensa privada tales como la legítima defensa y la defensa posesoria, ya referidas en el capítulo anterior.

Así, en tanto a que en el arbitraje las partes acuerdan libremente y en ejercicio de la autonomía de voluntad, someter el conflicto al árbitro; en tanto a que el arbitraje tiene su causa-fuente en la libertad y la autonomía de la voluntad, plasmado jurídicamente en el convenio arbitral. La jurisdicción en cambio tiene su causa-fuente en el poder impuesto por el Estado, en el *ius imperium*. En la función jurisdiccional prima el principio de la unidad y exclusividad de tal función. El Estado monopoliza la función jurisdiccional. El Estado impone la justicia pública para todos los miembros de su territorio mediante un ordenamiento jurídico que a su vez establece.

Ya sea que se diga que la fuente del poder estatal para impartir justicia se encuentre en la *soberanía popular* (la voluntad del pueblo), la cual es finalmente una ficción mediante el cual el Estado de Derecho justifica su legitimidad, o ya sea que se dijera en otros tiempos que está en la voluntad del Rey o Emperador (“*El Estado soy yo*”, se atribuye que dijo el Rey de Francia Luis XIV en alguna ocasión y que con ello reflejaba el absolutismo de su poder), o en la voluntad de Dios (como también sostenían los hebreos en la Biblia); lo claro y concreto es que la causa de la función jurisdiccional está en el poder político-económico que la clase a cargo del Estado detenta. Mediante ese poder (*ius imperium*) es que el Estado confiere a sus jueces y magistrados jurisdicción para la impartición de justicia mediante un sistema organizativo y un ordenamiento jurídico que el Estado “impone” a los miembros de su territorio.

Es menester aclarar que el concepto de imposición que utilizamos no corresponde al absolutismo ni al despotismo como formas de ejercicio del poder político que por ejemplo caracterizaba al Estado de la Monarquía absoluta. Tampoco tal concepto corresponde a la llamada “Dictadura del Proletariado” propio de los Estados Socialistas en los cuales el Poder Jurisdiccional provenía no del pueblo ni de la nación, ni sino de un sector del pueblo, de una clase social: el proletariado.

Cuando nos referimos a que el Estado impone un sistema de impartición de justicia basado en un ordenamiento jurídico determinado, nos referimos a que en virtud de la soberanía que detenta es capaz de imponer tal sistema y tal ordenamiento. Eso es soberanía desde el punto de vista político. Más, el origen o fuente de esa soberanía no está simplemente en quienes dirigen el Estado, ni de una determinada clase social, sino en el pueblo, la nación o la comunidad que se encuentra dentro del territorio del Estado.

El pueblo o nación es la que constituye el poder (*Poder Constituyente*) a través de mecanismos democráticos de representación a fin de que sus miembros políticamente aptos (los ciudadanos) manifiesten a través de procesos democráticos (elecciones democráticas) su “voluntad general” la cual queda plasmado en un instrumento político-jurídico denominado *Constitución*, la cual se erige a su vez como la Norma Fundamental o Superior que irradia todo el ordenamiento jurídico a través de los derechos, los principios y los valores que consagra, estableciendo a su vez los llamados *Poderes Constituidos* (Poder Legislativo, Ejecutivo y -por supuesto- el Poder Jurisdiccional, así como los Órganos Constitucionales Autónomos) a quienes les asigna funciones y competencias específicas para el logro de los fines del Estado y la sociedad, establecidos en la Constitución.

La Constitución plasma en el Artículo 138° lo hasta aquí expuesto cuando establece que: *La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma*

*constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.*

Marcial RUBIO CORREA comentando este artículo expresa que: “La función jurisdiccional pertenece al Estado. Es, como dice el artículo 138 de la Constitución, soberana porque *emana del pueblo*. Consiste en dirimir los conflictos existentes en la sociedad con la finalidad de pacificar a la sociedad evitando la justicia por propia mano. La teoría clásica del Estado Moderno ha sostenido desde Hobbes, que la finalidad de establecer una autoridad suprema en el Estado es la de entregarle la fuerza de todos para dar solución definitiva a los problemas entre las personas (...). La justicia se administra tomando como elemento central el Derecho (al que analógicamente la parte final de la cita se refiere como ‘la ley’). Desde luego, las leyes o las normas con rango de ley tienen importancia fundamental en la administración de justicia, pero más la tienen la Constitución y el conjunto de principios explícitos e implícitos que de ella emanan (...)”<sup>187</sup>.

El Tribunal Constitucional a su turno también ha establecido que:

*“11. A la luz de lo expuesto, la función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacerse justicia por propia mano (...), es el Estado el encargado de resolver las controversias legales que surjan entre los hombres. En dicho contexto, el justiciable tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para ejecutar una acción, a lo que corresponde como correlato la jurisdicción, que es, además, un poder-deber.*

*12. Es evidente que la jurisdicción corresponde a la soberanía del Estado, y que se ejerce a través del órgano jurisdiccional, el cual será competente para*

---

<sup>187</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, págs. 214-215.



*resolver los conflictos que se susciten entre los particulares, mediante la aplicación de la ley (...).*

*13. El ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber: a) Conflicto entre las partes; b) Interés social en la composición del conflicto; c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial; d) Aplicación de la ley o integración del derecho”<sup>188</sup>.*

El Tribunal también ha complementado su visión de la función jurisdiccional precisando los temas fundamentales llamados a resolver:

*“14. El ejercicio de la potestad jurisdiccional o la potestad de administrar justicia comprende, en lo esencial, lo siguiente: la tutela de los derechos fundamentales, los derechos ordinarios e intereses legítimos; la sanción de los actos delictivos; el control difuso de constitucionalidad; y el control de la legalidad de los actos administrativos”<sup>189</sup>.*

En síntesis –como bien afirma RUBIO CORREA-, “la jurisdicción es un poder del Estado soberano encargado constitucionalmente como un deber a diversos órganos, que tiene por finalidad pacificar la sociedad y, para ello, resuelve los conflictos existentes en la sociedad en forma imparcial, de acuerdo al Derecho (que incluye la aplicación de los principios generales) y con carácter definitivo, salvo, esto último, las revisiones que la propia Constitución autoriza de las sentencias jurisdiccionales. Las personas tienen derecho a que la jurisdicción resuelva sus problemas”<sup>190</sup>.

<sup>188</sup> STC N° 0023-2003-AI/TC, 09/06/2004, Fundamentos Jurídicos 11, 12 y 13. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>

<sup>189</sup> STC N° 0023-2003-AI/TC, 09/06/2004, Fundamento Jurídico 14.

<sup>190</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pág. 217.

Quedando claro entonces el fundamento de la potestad jurisdiccional que el Estado peruano ejerce, solo cabe efectuar las siguientes precisiones necesarias y útiles, sobre todo para los fines de la presente investigación:

La potestad de administrar justicia que se atribuye al Estado y que emana del pueblo, no sólo se ejerce a través del Poder Judicial, sino que en puridad el Estado ejerce tal función a través de determinados órganos que la Constitución y las leyes asignan. Así, tenemos no solo al Poder Judicial, sino también otros órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Justicia Militar. Todos ellos constituyen órganos jurisdiccionales del Estado y cumplen función de resolver conflictos de relevancia jurídica mediante la aplicación del derecho a un caso concreto sometido a su competencia.

Sin embargo, el artículo 149° de la Constitución establece también la posibilidad de que organizaciones extra estatales impartan justicia al disponer que: *"Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial"*.

Esta norma importa el respeto y consideración de nuestra pluralidad cultural y la vigencia de la costumbre como fuente de Derecho en diversas zonas geográficas del Perú, pero en puridad la facultad otorgada a las comunidades campesinas y nativas no constituye *in stricto* una jurisdicción, sino en todo caso la delegación de la función jurisdiccional que el Estado en tanto Poder se atribuye en razón a que resulta a veces materialmente imposible o a veces costoso que el Estado pueda ejercer dicha potestad directamente a través de sus órganos jurisdiccionales. Por lo que se puede decir, que la función jurisdiccional es indelegable, excepto la delegación

constitucionalmente permitida de dicha función a las comunidades campesinas y nativas.

En suma, la sola lectura aislada y asistemática del artículo 138° de la Constitución que establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y que se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales, constituye una lectura contraria a los *principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica*<sup>191</sup>, pues como veremos más adelante al tratar acerca de la unidad de la función jurisdiccional, una lectura interpretativa conforme a dichos principios permite afirmar que en realidad, la justicia ordinaria le corresponde al Poder Judicial y los demás órganos públicos (en tanto órganos también jurisdiccionales) les corresponde impartir justicia especializada, es decir les corresponde conocer sólo determinados casos que la Constitución y las leyes les

---

<sup>191</sup> El Tribunal Constitucional –siguiendo la doctrina constitucional contemporánea- ha establecido que son cinco los principios que rigen en la interpretación de las disposiciones constitucionales:

a) El principio de unidad de la Constitución.- Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

b) El principio de concordancia práctica.- En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestación del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución).

c) El principio de corrección funcional.- Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) El principio de función integradora.- El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e) El principio de fuerza normativa de la Constitución.- La interpretación de la Constitución debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto” (STC N° 5854-2005-AA/TC, Fundamento Jurídico 12). Ver sentencia en:

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>>

asignan; ergo, a los órganos jurisdiccionales que conforman el Poder Judicial les corresponde el conocimiento de todos los demás casos que no les corresponde a los órganos jurisdiccionales especiales.

Sin embargo, queda claro que la potestad que el Estado se atribuye para impartir justicia (a través de sus órganos jurisdiccionales ordinarios y especiales), emana todos ellos de la voluntad general del pueblo peruano plasmado en la Constitución. Ergo, todos los órganos jurisdiccionales imparten justicia conforme a la Constitución y las leyes, estas últimas, siempre que sean a su vez conforme a la norma fundamental.

Asimismo, los derechos y principios consagrados en la Constitución correspondientes a la función jurisdiccional no solo resultan exigibles a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial sino también a todo órgano del Estado que ejerce tal función de naturaleza jurisdiccional. Pero, es más, una lectura adicional conforme a los principios y derechos del Estado Constitucional de Derecho (la Constitución nuestra también lo reconoce), entre ellos la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, la tutela de los derechos fundamentales, el carácter normativo de la Constitución y la de ser Norma Suprema dentro del ordenamiento jurídico, conduce a la conclusión válida que tales principios y derechos atribuidos a la función jurisdiccional resulta a su vez exigibles en todo acto o procedimiento público (estatal) y hasta corporativo-privado que en la comunidad se lleve a cabo en la que terceras personas (jueces, funcionarios, autoridades públicas o privadas) ejerzan la función de decidir o dirimir una situación jurídica conflictiva<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> En la STC N° 3312-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “El derecho al debido proceso también se titulariza en el seno de un procedimiento disciplinario realizado ante una persona jurídica de derecho privado” (Fundamento Jurídico 4). Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03312-2004-AA.html>

### 2.2.2. La función jurisdiccional como poder y deber

Derivado de la soberanía estatal, la función jurisdiccional constituye esencialmente un poder, pero a su vez un deber. El que monopoliza el ejercicio de un poder tiene a su vez el deber de ejercerla, pues lo contrario importaría la pérdida paulatina de dicho poder.

a) **La función jurisdiccional es un poder público.-** Porque constituye expresión de la soberanía, potestad o *imperium* que el Estado ejerce sobre los individuos que se hallan dentro de su ámbito territorial.

Esta potestad implica dos cuestiones:

1° Que frente a una *litis* únicamente al Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, corresponde solucionarla ya sea a pedido de parte o ya de propia iniciativa. Hoy por hoy, la administración de justicia como función pública es considerada como monopolio exclusivo del Estado. De ahí que casi todas las constituciones de los Estados contemporáneos establezcan la prohibición expresa de establecer jurisdicción paralela e independiente a la que corresponde por derecho al Estado.

En palabras de Juan MONROY GÁLVEZ: “La jurisdicción es un *poder* porque es exclusiva: no hay otro órgano estatal ni mucho menos particular encargado de tal tarea. El Estado ejerce de tal forma con exclusividad, que los textos constitucionales suelen referirse al *monopolio jurisdiccional del Estado*. Resulta evidente que el origen de ese *poder* se encuentra en la aceptación de que la función jurisdiccional es una manifestación de la superioridad de quien la ejerce. Superioridad y autoridad que, a su vez, se explican en que ambas constituyen una emanación de la soberanía del Estado (...) Otra manera de sustentar la calidad de *poder* de la jurisdicción es afirmar que es el medio a través del cual el Estado asegura que su facultad

legisladora –también exclusiva- va a ser respetada a través de la eficacia del ordenamiento legal que él mismo provee a la sociedad (...)”<sup>193</sup>.

Nuestra Constitución Política consagra en el artículo 138° que: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerarquizados con arreglo a la Constitución y a las leyes (....)*”. El artículo 139° consagra a su vez como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, en consecuencia: “*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...)*”.

Asimismo, en el artículo 149° delega también a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

Sin embargo, respecto de la mal llamada *Jurisdicción Arbitral*, es menester precisar que no existe tal Jurisdicción, por cuanto ésta es por propia naturaleza una *función pública* y por ende, única y exclusiva del Estado a través de sus órganos jurisdiccionales. La potestad (no pública sino privada) que también ejercen los árbitros para la resolución de conflictos que las partes someten respecto a derechos disponibles no constituye jurisdicción pero tampoco constituye una forma de delegación de la función jurisdiccional. En principio por cuanto el arbitraje es muy anterior al Estado y a la función jurisdiccional, ergo tal función pública que es posterior no podría delegar a una institución que de por sí ya existía.

El Arbitraje no constituye en lo absoluto función jurisdiccional ni tiene tal naturaleza. El Arbitraje propiamente no deriva de una delegación establecida o permitida por el Estado ni por la Constitución, aunque una lectura literal del artículo

---

<sup>193</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Palestra Editores S.A.C. Lima, 2007, págs. 402-403.

139° de la Constitución Política pareciera decir lo contrario. El Arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflicto deriva directamente del *principio de autonomía de la voluntad*. La fuente de la existencia del Arbitraje en realidad no está en el artículo 139° de la Constitución Política, sino en el artículo 2° inciso 14 (“*Toda persona tiene derecho a: (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”).

También en el artículo 62° de la Constitución Política que reconoce y garantiza la libertad contractual, en tal sentido “*las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley*”.

En realidad, aún cuando el citado artículo 139° no reconociera a la mal llamada “*jurisdicción arbitral*”, no habría impedimento alguno para que las personas opten por este mecanismo alternativo de resolución de conflictos precisamente porque el fundamento de tal opción está en la *libertad de contratación* y en la *libertad contractual*, y éstas en el *principio de la autonomía de voluntad*. En este sentido, como bien se atreve a presagiar el profesor Carlos MATHEUS LÓPEZ “[c]abe además señalar la posibilidad de conceputar al arbitraje como un derecho fundamental, sobre la base de la regulación contenida en nuestra Constitución”<sup>194</sup>.

Sin embargo, a este respecto, el Tribunal Constitucional a lo expresado hasta aquí, ha manifestado contrariamente:

---

<sup>194</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos A. *Introducción al Derecho de Arbitraje*; Semper Veritas Ediciones; Lima, 2006, pág. 24.

*“La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución (...).*

*Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida 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”<sup>195</sup>.*

---

<sup>195</sup> STC N° 6167-2005-PHC/TC (Fundamento 11 y 12), Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>



Ahora bien, para terminar, es además necesario tener en cuenta que si bien el Arbitraje no constituye función jurisdiccional, sin embargo se le puede –y debe– aplicar alguno de los principios y derechos que regulan la función jurisdiccional, es decir las reconocidas en el referido artículo 139° de la Constitución, como el derecho a la tutela jurisdiccional y el debido proceso. Más, ello se debe no en tanto el Arbitraje tenga algo de jurisdiccional, sino en tanto a que tanto el Arbitraje al igual que la *función jurisdiccional* utilizan, en su propósito de alcanzar la justicia, un instrumento en común que es el “*proceso*”; y, éste por derecho fundamental de la persona humana debe ser eficaz y debida, es decir estar premunido de una serie de garantías mínimas (tales como el derecho al contradictorio, a una audiencia previa, a la motivación de resoluciones, etc.) que conduzcan a la obtención de una decisión justa y equitativa.

Así, en estricto, las garantías de la efectividad de la tutela procesal de los derechos y el debido proceso no solo corresponden a la función jurisdiccional sino a todo proceso (o procedimiento) que tiene por objeto la resolución de situaciones conflictivas o de incertidumbre, ambas con trascendencia jurídica. Ergo, en todo proceso o procedimiento sea público (sea jurisdiccional, administrativo o legislativo) o privado (sea el arbitraje o sea institución corporativa privada: sociedad comercial, civil o persona jurídica de derecho privado no comercial), en toda actuación pública o privada en la que tenga que decidirse derechos de terceros por parte de la autoridad (pública o privada) debe respetarse mínimamente los derechos y principios que corresponden a su vez a la función jurisdiccional. Por tanto, en el arbitraje, –más aún– como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, debe también observarse dichos principios y derechos que la Constitución tiene literalmente señalados a la función jurisdiccional, más no por ello se puede acuñar carácter jurisdiccional al arbitraje.

Como también observa Juan MONROY PALACIOS: “[e]l arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y además,

porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Si fuera así, se quebraría el concepto de principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo se postula ello”<sup>196</sup>.

Y agrega en otro párrafo de su trabajo que: “La ‘jurisdicción excepcional’ que algunos pretenden llevar hasta sus últimas consecuencias, valiéndose simplemente del texto expreso de la norma constitucional, es una categoría que no resiste el más mínimo análisis. Técnicamente, el nombre correcto para crear campos diferenciados respecto de la actividad de los jueces ordinarios es la ‘jurisdicción especial’, pero más allá del nomen juris, que siempre es lo accesorio, es necesario tener en cuenta la posibilidad de que el ordenamiento constitucional prevea jueces distintos a los ordinarios tiene como presupuesto insuperable el respeto por la *unidad de la jurisdicción (...)*”<sup>197</sup>.

En otro de sus fundamentos, MONROY PALACIOS afirma que:

“Vistas así las posiciones [acerca sobre la naturaleza jurídica del arbitraje], resulta sencillo constatar que en nuestro país el problema está planteado en modo inverso. Muchos piensan que el arbitraje debe alcanzar la categoría de jurisdicción para lograr respeto por parte de los jueces ordinarios”<sup>198</sup>. Otros,

<sup>196</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 10 (Director Juan José Monroy Palacios), Comunitas, Lima, 2008, págs. 143 – 144.

<sup>197</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 10 (Director Juan José Monroy Palacios), Comunitas, Lima, 2008, pág. 143.

<sup>198</sup> Tan cierta es esta afirmación que uno revisando los Diarios de Debates de la gestación de las Constituciones de 1979 y la de 1993 y particularmente al reconocimiento constitucional del arbitraje y la conveniencia de elevarlo a la categoría de “*jurisdicción arbitral*” fue por un propósito más que nada práctico y no tanto porque lo exija su naturaleza jurídica. Como bien dijo ARAMBURU MENCHACA replicando a VALLE RIESTRA en el Debate de la Constitución de 1979: “*No hay razón para temer decir ‘jurisdicción arbitral’*. Precisamente una de las características del arbitraje no solamente en la forma de árbitros arbitradores, sino de arbitro de jure, y dentro de un sistema tan completo como el que tenemos en el Perú cuya ley es considerada la mejor ley del mundo en la materia, es esa implicancia que tienen los tribunales arbitrales con el Poder Judicial. El Poder Judicial ejerce una función tuitiva sobre los tribunales arbitrales, es un tipo de jurisdicción, es un tipo si se quiere de jurisdicción voluntaria que las partes eligen, los jueces otras veces, inclusive, si se trata de

como si se tratar de fórmulas matemáticas, proponen una mixtura de la teoría jurisdiccional y la contractual, olvidando el antagonico sustrato ideológico que se encuentra en la base de cada postura, y otros más, sin esconder una ilusión neocorporativista, piensan que estamos encaminados en una tendencia hacia la ‘privatización de la justicia’ tendrá los mismos poderes que el juez estatal. Distintos versiones alrededor de una idea común: la ‘jurisdicción arbitral’.

El equívoco es notorio. Quienes promueven el arbitraje, con todas las ventajas que con justicia le asignan, se equivocan cuando intentan reforzar su desarrollo acercándolo a la jurisdicción. Por su parte, quienes aún buscan reducirlo a su mínima expresión, lo fortalecen creyendo que la autonomía privada sobre la cual se funda es poca cosa (...) en primer lugar, es evidente que la [teoría] ‘jurisdiccional’ debe ser descartada por asignarle prácticamente un valor jurídico nulo al arbitraje. N siquiera la reformulación que ha sufrido esta teoría en los últimos años es válida, pues ciertamente el árbitro actúa por delegación

---

*tribunales arbitrales establecidos de antemano, cuando se trata del arbitraje administrado.... Queda muy bien la palabra ‘jurisdicción arbitral’, es algo que robustece el arbitraje. En este momento existe en el mundo un gran auge hacia el arbitraje.... De manera que invitaría a mi colega el doctor Valle Riestra, a fortalecer la institución del arbitraje que es tan práctica, manteniendo el término ‘jurisdicción arbitral’, que no es exactamente un contrato”.*

Del mismo modo, en el Debate de la Constitución de 1993, el congresista FLORES-ARAOZ reconoció que: “[S]i bien es cierto que la jurisdicción la ejerce el Estado, y si bien es cierto también que ése es un derecho de las personas que tienen diferendos, el de recurrir a esa jurisdicción estatal, que es una garantía de la intervención del Estado para administrar justicia, esas mismas personas podrían voluntariamente acogerse a lo que se llama la jurisdicción voluntaria, que en este caso es la jurisdicción a la que se ha mal llamado “jurisdicción arbitral”, porque en el fondo no es jurisdicción, sino el acto voluntario de las partes que pretenden renunciar a la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción particular. Creo que darle mayor seguridad jurídica, con rango constitucional, a esta jurisdicción arbitral es conveniente... Si bien es cierto que hay una Ley General de Arbitraje, si bien es cierto que los arbitrajes están reconocidos en tratados internacionales que suscribió el Perú, creemos que darle rango constitucional a esta norma es preferible a no hacerlo. No significa de modo alguno que desaparezca la jurisdicción arbitral al no estar dentro de la Constitución. Pero si quienes utilizan esa jurisdicción desean darle ese rango, no veo por qué tenemos que oponernos a una cosa que es justa y que lógicamente nos haría sintonizar con la voluntad del pueblo peruano”

He aquí, también a nuestro parecer, el fundamento real del por qué el arbitraje fue reconocido como “jurisdicción excepcional” dentro de nuestra Constitución.

de las partes y éstas no pueden dar lo que no tienen, con lo cual el camino hacia la ‘jurisdiccionalización’ está cerrado.

En segundo lugar, pareciera que, de acuerdo a lo expresado, la teoría que más favorece al arbitraje es la ‘contractualista’, sin embargo, ésta no es menos errada que la primera. Pretender atribuir al arbitraje y sobre todo a su producto final, el laudo, un valor meramente negocial es negar lo sucedido con este instituto por lo menos en los últimos cuarenta años, pues desde la Convención de Nueva York de 1958 (que utiliza, inclusive, la expresión ‘sentencia arbitral’) se le reconoce una eficacia procesal equivalente a la de cualquier sentencia judicial, sin necesidad de homologación, tal como sucede hoy en nuestro país. Pese a ello, SATTÁ, que nunca dejó de sentirse tuerto entre los ciegos, insistió con esta particular tesis hasta el fin de sus días”<sup>199</sup>.

2° Que toda persona, ante la presencia de un caso justiciable, tiene la obligación de recurrir y someterse a la potestad decisoria del Estado que a través de sus respectivos órganos jurisdiccionales la ejercita acorde a la Constitución y las leyes, salvo que haya optado por alguno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (Conciliación, Transacción, Negociación y Arbitraje). Empero, en tanto ello no ocurra, ninguna persona puede impartirse justicia por sus propias manos, es decir en forma privada. Hacerlo constituye delito<sup>200</sup>. Hoy por hoy, -nos los recuerda el gran Piero CALAMANDREI-, “en la base del concepto de jurisdicción se encuentra en el Estado moderno, la premisa fundamental de la prohibición de la autodefensa”<sup>201</sup>.

<sup>199</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 10 (Director Juan José Monroy Palacios), Comunitas, Lima, 2008, pág. 145 - 146.

<sup>200</sup> CÓDIGO PENAL:

“Artículo 417°.- El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas”.

<sup>201</sup> CALAMANDREI, Piero. *Ob. Cit.* pág. 144.

b) **La función jurisdiccional es también un deber público.-** Porque consiste –como bien dice DEVIS ECHANDIA- en “cumplir la función cuantas veces ocurra un hecho o un acto jurídico que reclame su actividad, sea lícito o ilícito, voluntario o involuntario, de particular o de funcionario social e inclusive de las entidades públicas en que se subdivide su organización constitucional y administrativa”<sup>202</sup>.

La jurisdicción casi siempre se activa con el pedido de los justiciables (principio dispositivo), teniendo el órgano jurisdiccional la obligación de desarrollar el proceso en perspectiva de hallar una solución definitiva al conflicto sometido a su consideración. Sólo puede rechazar el pedido de los justiciables de manera debidamente fundamentada y explicitada. En materia penal, donde cabe la actuación de oficio del juez, al ser aquella impuesta por el ordenamiento jurídico, se reafirma la jurisdicción como deber<sup>203</sup>.

Para nosotros, también este deber público implica dos cuestiones:

1° Que el Estado como realidad político-social de ninguna manera puede sustraerse de su obligación para con la sociedad pues ello significaría volver a los tiempos iniciales de la *autotutela*; significaría negar su propia seguridad y hasta su propia existencia. Existe más bien, la necesidad de que el Estado provea a los órganos jurisdiccionales de las condiciones materiales adecuadas a fin de que puedan eficazmente cumplir con este deber público; asimismo, tiene el deber de promover el uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos a fin de reducir la sobre carga procesal de pesa sobre los órganos jurisdiccionales; y,

<sup>202</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Derecho y deber de jurisdicción*”; en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, N° 4; Madrid, 1972, pág. 739.

<sup>203</sup> ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Función Jurisdiccional*. Programa de Formación de Aspirantes, Lima, 2000. Ver versión electrónica en:

[http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ\\_justicia/funcion\\_jurisdiccional.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/funcion_jurisdiccional.pdf)>

2° Que tampoco los operadores jurisdiccionales (jueces, secretarios, relatores, etc.) pueden negarse a cumplir este deber para con la ciudadanía y para con el propio Estado. Negarse a impartir justicia bajo cualquier pretexto constituye a su vez delito<sup>204</sup>.

### 2.2.3. La función jurisdiccional como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado

En su aspecto jurídico-normativo, la función jurisdiccional consiste estrictamente –a decir del insigne Eduardo J. COUTURE- en “*la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*”<sup>205</sup>. De ello deriva que en la jurisdicción, como actividad o función propiamente jurídica, se puede distinguir claramente dos etapas o momentos: la *cognición* y su *ejecución forzada*<sup>206</sup>.

a) **La cognición o declaración del derecho.-** Que es el momento del “juzgamiento”, consistente en decir, declarar o aplicar el derecho al caso concreto. Significado éste que a su vez concuerda con el concepto etimológico de jurisdicción (de *juris dictio* o *juris dicere*: decir o mostrar el derecho).

b) **La ejecución forzada de lo declarado.-** Que es el momento de la coacción consistente en hacer realidad el mandato declarado cierto en la etapa anterior, utilizando el Estado para ello “*su imperium para que sus decisiones se*

<sup>204</sup> CÓDIGO PENAL:

“Artículo 422.- El Juez que se niega a administrar justicia o que elude juzgar bajo pretexto de defecto o deficiencia de la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

“Artículo 423.- El notario o secretario de juzgado o fiscalía o cualquier otro auxiliar de justicia que se niega a cumplir las obligaciones que legalmente le corresponde, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año, o con treinta a sesenta días-multa”.

<sup>205</sup> COUTURE, Eduardo J. “Procedimiento: primer curso”, Vol. I, Edit. Medina, Montevideo, s/f, pág. 23.

<sup>206</sup> CALAMANDREI, Piero. *Ob. Cit.*, pág. 79.

*cumplan de manera ineludible*”<sup>207</sup>. Ello quiere decir que aunque el concepto etimológico de jurisdicción comprenda sólo el momento declarativo del derecho, “actualmente, sin embargo, -dice el gran Piero CALAMANDREI- dicho concepto abarca no sólo este primer momento sino también la ejecución forzada, es decir, la actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para hacer que ese mandato concreto (sentencia) sea prácticamente observado, también en caso de necesidad, con el empleo de la fuerza física, dirigida a modificar el mundo exterior y a hacerle corresponder a la voluntad de la ley”<sup>208</sup>. La ejecución forzada del derecho declarado como cierto a través del proceso de naturaleza declarativa o cognitiva, forma parte del derecho a la jurisdicción, hoy por hoy, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debida: Por lo que, ante la necesidad de satisfacer el derecho declarado como cierto, el justiciable tiene el derecho de accionar al órgano jurisdiccional y solicitar la ejecución forzada de la obligación contenida en tal derecho.

En conclusión, he aquí con COUTURE el auténtico significado de la función jurisdiccional en su aspecto estrictamente jurídico: “La jurisdicción en nuestro derecho no es solamente la potestad de decir el derecho, es decir, de declarar quien tiene la razón, sino que es, por mandato o definición de la propia ley, la actividad de decir el derecho y mandar a cumplir lo que se ha resuelto”<sup>209</sup>. Jurisdicción es entonces cognición y eventualmente su ejecución forzada. La cognición se dirige a la declaración de certeza de un mandato individualizado y se expresa en una decisión; la ejecución forzada trata de hacer que el mandato individualizado, declarado cierto mediante la decisión, sea prácticamente observado.

En fin, estos constituyen dos momentos unitarios de la función jurisdiccional. “No se debe a la causalidad –dice el gran Piero CALAMANDREI- el que la justicia se presente simbólicamente provista de la balanza y de la espada. La defensa del derecho que el Estado a través de la jurisdicción, no se agota en los razonamientos

<sup>207</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Conceptos elementales de proceso civil*. En: “Código Procesal Civil” del Dr. Víctor TICONA POSTIGO; Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, 1994.

<sup>208</sup> CALAMANDREI, Piero: *Ob. Cit.*, pág. 87.

<sup>209</sup> COUTURE, Eduardo J.: *Ob. Cit.*, pág. 88.

del juez; a fin de que estos puedan traducirse en realidad, es necesario que detrás de la balanza del juzgador, vigile la espada del ejecutor. Pero, viceversa, la espada del ejecutor, no puede moverse si antes el juez no ha pesado imparcialmente las razones de la justicia”<sup>210</sup>.

El Tribunal Constitucional también ha dejado sentado que: *“La jurisdicción es la potestad y/o poder que otorga el Estado a determinadas instituciones para “decir”, resolver o aplicar el derecho que corresponde a un conflicto de intereses con el carácter especial de que sus decisiones son irrevisables; es decir, tienen la calidad de cosa juzgada. Aquellos órganos cuyas resoluciones son revisables no tienen jurisdicción sino competencia. El límite de la jurisdicción es la competencia por razón de grado, materia, turno, territorio, etc.”*<sup>211</sup>.

En otra sentencia el Tribunal sentencia que: *“El cumplimiento pleno de lo establecido en una decisión judicial supone (...) la satisfacción real y efectiva, en tiempo oportuno, de lo decidido por el poder jurisdiccional”*<sup>212</sup>. *“El derecho a la tutela jurisdiccional no solo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la ‘efectividad’ de las resoluciones judiciales; busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones”*<sup>213</sup>.

<sup>210</sup> CALAMANDREI, Piero: *Ob. Cit.*, pág. 88.

<sup>211</sup> STC N° 0584-1998-HC/TC, 06/08/1998, Fundamento Jurídico 2. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00584-1998-HC.html>

<sup>212</sup> STC N° 4080-2004-AC/TC, 28/01/2005, Fundamento Jurídico 17. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04080-2004-AC.html>

<sup>213</sup> STC N° 0015-2005-AI/TC, 05/02/2006, Fundamento Jurídico 17. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00015-2005-AI.html>



#### 2.2.4. La función jurisdiccional como instrumento para el logro de la *paz social en justicia*

La finalidad que el Estado persigue a través de la función jurisdiccional ha sido explicada por la doctrina procesal fundamentalmente a través de tres teorías; a saber:

**a) Teoría del derecho subjetivo.-** Según KISCH, SIMONCELLI, SATTA, entre otros, la jurisdicción tiene por objeto tutelar o hacer efectivos los derechos subjetivos de los particulares. Con ello presentan a la jurisdicción como un mero instrumento puesto al servicio de los particulares para satisfacer únicamente sus intereses privados. Así esta teoría, que en la actualidad está prácticamente desechada, lleva en su seno, una evidente concepción privatista del proceso y de la función jurisdiccional.

**b) Teoría del derecho objetivo.-** Más modernamente, se sostiene con esta teoría que la finalidad buscada por el Estado con la jurisdicción es nada menos que la “actuación de la voluntad concreta de la ley”<sup>214</sup>, esto es, “garantizar la observancia práctica del derecho objetivo”<sup>215</sup>. Fundamenta el gran Piero CALAMANDREI que: “El ejercicio de la jurisdicción mira, en primer lugar, a hacer operativa la ley, esto es, a hacer que la voluntad del Estado, expresada en la ley, sea respetada y obedecida. La satisfacción de los intereses individuales tutelado por el derecho, puede ser, para el Estado que administra justicia, una finalidad mediata e indirecta; pero la finalidad primera que el mismo persigue en el sistema de la legalidad, es la de la observancia del derecho, sólo porque es derecho e independientemente de su contenido”<sup>216</sup>. Así, para esta teoría lo principal de la función jurisdiccional es mantener la vigencia práctica del derecho objetivo, haya o no haya conflicto de intereses, persista o no persista tal conflicto. Lo principal es garantizar la

<sup>214</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Ob. Cit.*, pág. 100.

<sup>215</sup> CALAMANDREI, Piero. *Ob. Cit.*, pág. 95.

<sup>216</sup> CALAMANDREI, Piero. *Ob. Cit.*, pág. 96.

operatividad de la ley; mantener la vigencia del orden jurídico para con ello mantener el orden social.

c) **Teoría de la “justa composición de la litis”**.- Para esta teoría (cuyo mentor es Francesco CARNELUTTI) la jurisdicción –al igual que el proceso- busca fundamentalmente la “justa composición de la litis”, vale decir, la solución del conflicto de intereses conforme al derecho para con ello lograr la “paz con justicia”. “Paz con justicia –sostiene el maestro CARNELUTTI- podría ser de este modo el lema del derecho procesal. Ni paz sin justicia ni justicia sin paz. Nada de paz sin justicia, porque el proceso como se ha visto, no tiende a componer el litigio de cualquier modo, sino según el derecho. Nada de justicia sin paz, porque el derecho no se aplica o no se realiza por quien está en conflicto, sino por quien está sobre el conflicto...”<sup>217</sup>. De este modo la finalidad de la jurisdicción es sobre todo resolver o apaciguar justa y conforme al derecho los conflictos intersubjetivos. Porque si estos no fueran resueltos conforme al derecho se pondría en peligro la paz social y si no fueran resueltos justamente se pondría en peligro la justicia, valor supremo del derecho.

El ordenamiento jurídico nuestro se adscribe a la teoría carneluttiana, ello se puede ver claramente por ejemplo en el Código Procesal Civil (Artículo V.- *El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia (...)*).

Por lo tanto, en una dimensión axiológica o valorativa, la función jurisdiccional puede ser definida como el poder-deber del Estado destinado a resolver, con prontitud y eficacia un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas

---

<sup>217</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Edit. UTEHA, Buenos Aires, 1944, pág. 287.

con trascendencia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales, para a través de ello hacer posible la anhelada “*paz social en justicia*”.

Como nos lo recuerda el profesor Marcial RUBIO CORREA:

“El Tribunal Constitucional ha insistido en la importancia que tiene la finalidad de la jurisdicción, que es la de pacificar solucionando conflictos de las personas: ‘La moderna concepción a la que se ha hecho alusión precedentemente dice, pues, que las formas procesales en cuanto constituyen garantía de los derechos sometidos a la decisión jurisdiccional, deben ser respetadas por los sujetos procesales, pero atendiendo a las finalidades del proceso, que hacen necesaria la intervención de un juez con ciertas aptitudes pretorianas, pues el interés singular o particular cede ante el finalismo que permite pasar por alto el vicio de acción o de omisión cuando el acto, aun con contravención de formas, ha cumplido su finalidad’.

Esto es fundamental en el concepto de jurisdicción porque ella, como todo lo que es propio del Estado, tiene una razón de existencia fundamentalmente política: pacificar a la sociedad. Los órganos jurisdiccionales podrán resolver todos los juicios que tengan entre manos pero, sino pacifican a la sociedad, no han cumplido su función dentro del estado. En nuestra opinión, hasta hoy esto lo ha tenido mucho más claro el Tribunal Constitucional que el Poder Judicial en su conjunto. El Tribunal ha tratado, dentro de sus funciones, de dar calidad de Estado de Derecho a nuestra organización política estableciendo una jurisprudencia consolidada y orgánica. No ha sido el caso del Poder Judicial peruano”<sup>218</sup>.

---

<sup>218</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pág. 215-216.

### 2.3. CONCEPTO DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL

En base a los elementos constitutivos, esto es, la de ser históricamente un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos de intereses y constituirse básicamente en el poder-deber exclusivo del Estado para administrar justicia, y la de consistir jurídicamente en declarar el derecho a un caso concreto en forma definitiva y eventualmente en ejecutar lo declarado, y la de tener finalidad resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica conforme a derecho, para con ello lograr la anhelada “*paz social en justicia*”, eh aquí una definición integral dado por el profesor Juan MONROY GÁLVEZ, para quien la llamada función jurisdiccional o más específicamente jurisdicción, “es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas y delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su *imperium* para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia”<sup>219</sup>.

José Vicente GIMENO SENDRA –citado por el profesor José GARBERÍ LLOBREGAT- afirma también que: “Jurisdicción en los Estados de Derecho constituye el Poder del Estado emanado de la soberanía popular y con un régimen propio de autogobierno, integrado sobre la base de la unidad por Juzgados y Tribunales legalmente predeterminados, y por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la Ley, que ostentan en exclusividad la potestad jurisdiccional para tutelar los derechos subjetivos y solucionar de manera definitiva e irrevocable los conflictos intersubjetivos y sociales de todo tipo, ejercitar el control de la legalidad y complementar el ordenamiento jurídico”<sup>220</sup>.

<sup>219</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Palestra Editores S.A.C. Lima, 2007, págs. 402-401.

<sup>220</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Civitas – Thomson Reuters, Madrid, págs. 41- 42.

Finalmente, con la precisión que lo caracteriza, el profesor MONROY GÁLVEZ explica magistralmente el concepto de jurisdicción que diera al manifestar que:

“2. (...) [1]a jurisdicción es un poder-deber del Estado. En su ejercicio se expresa de manera contundente la potestad del Estado sobre los ciudadanos: la función jurisdiccional reafirma al Estado como la organización política más importante de una sociedad, por eso éste propone el derecho que debe ser cumplido (función primaria) y, a través de la jurisdicción, impone el cumplimiento de éste (función secundaria).

Pero a su vez, al Estado le está vedada la posibilidad de negar a un ciudadano tutela jurisdiccional. Al margen del cumplimiento de requisitos básicos – comunes a todo sujeto de derechos- todos estamos facultados a exigirle al Estado nos conceda tutela jurisdiccional, es decir, que tramite un proceso civil, por ejemplo, y se pronuncie dentro de él sobre nuestros conflictos de intereses, inclusive sin considerar si estos existen o si sólo son declaraciones – desprovistas de realidad pero posibles- contenidas en los escritos judiciales respectivos.

3. Si necesitáramos identificar los fines de la jurisdicción, tendríamos que decir que estos son: solucionar conflictos de intereses intersubjetivos con relevancia jurídica, controlar las conductas antisociales y también controlar la constitucionalidad normativa.

A través del cumplimiento regular y sostenido de tales encargos, el Estado se puede acercar a su gran objetivo: la construcción de una sociedad con paz y justicia.

4. Para lograr el objetivo propuesto, los órganos jurisdiccionales (...) se sirven de la aplicación del derecho –propuesto a la sociedad por el mismo Estado- al caso concreto sometido a su función (...).

5. La solución de conflictos y los otros objetivos encargados a la jurisdicción sólo empezaran a concretarse cuando las decisiones judiciales sean inmodificables, irrevisables, es decir, cuando transiten de la precariedad temporal a poseer la autoridad de la cosa juzgada.

6. Finalmente, el que entendemos es el rasgo en donde mejor se expresa la naturaleza singular de la jurisdicción es el de la posibilidad de que el Estado pueda utilizar su fuerza para que las decisiones que hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada se cumplan, vale decir, tengan eficacia en el plano de los fenómenos concretos (...).

Si el órgano jurisdiccional pertenece al Estado, entonces las declaraciones de voluntad que aquel exprese las hace en representación de éste –que a su vez ejerce la representación popular-, por tanto, está plenamente facultada a imponerlas, inclusive por la fuerza a quienes no las obedezcan. Esto es, en estricto, jurisdicción. Otras instituciones se le asemejan en alguno en alguno de los rasgos descritos, sin embargo, insistimos en que su *coercibilidad* –como expresión final del conjunto- le da el sello indeleble de una actividad estatal trascendente y única.

Este es el rasgo que caracteriza, además, por qué otros órganos estatales no jurisdiccionales, procesan y resuelven conflictos de intereses –de una naturaleza particular o específica pero conflictos al fin- a pesar de lo cual no realizan función jurisdiccional en el sentido estricto del concepto. No sólo carecen de coercitividad, sino también de definitividad, salvo los casos excepcionales de algunos órganos constitucionales autónomos en los que –por razones de seguridad jurídica- es imprescindible que sus decisiones no sean

impugnables, como el caso de las instituciones encargadas de la administración, control y supervisión de los procesos electorales para elegir autoridades políticas nacionales y locales”<sup>221</sup>.

#### 2.4. ELEMENTOS Y PODERES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

En la doctrina procesal se encuentra pacíficamente admitida que los expositores del derecho romano-canónico de la Edad Media, glosadores y posglosadores, han establecido los llamados elementos tradicionales de la jurisdicción en una serie de actividades a las cuales erigieron en postulados ínsitos en el poder jurisdiccional<sup>222</sup>.

Tales elementos de la jurisdicción son:

- a) La *Gnotio* (o *notio*): Que era la facultad para conocer una determinada cuestión litigiosa o derecho del juez de formar convicción con el material de conocimiento que le suministraban las partes o que él mismo, mediante las llamadas diligencias “para mejor proveer”, incorporaba al proceso<sup>223</sup>.
- b) La *Vocatio*: Es la facultad para compeler o generar cargas a las partes para que comparezcan al proceso. Es decir, la facultad de requerir la comparecencia de las partes a estar a derecho, o para cualquiera de las partes que fuere emplazada a ese fin<sup>224</sup>.

<sup>221</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Palestra Editores S.A.C. Lima, 2007, págs. 425-427.

<sup>222</sup> QUINTERO, Beatriz. *Ob. Cit.*, pág. 183.

<sup>223</sup> QUINTERO, Beatriz. *Ob. Cit.*, pág. 183.

<sup>224</sup> GOZAÍNI, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 184.

- c) La *Coertio* o *Imperium*: Es la facultad de emplear la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, a fin de hacer posible su desenvolvimiento: se ejerce sobre personas y cosas<sup>225</sup>.
- d) El *Iudicium*: Es la facultad de dictar sentencia poniendo término a la litis con carácter definitivo, es decir, con efecto de cosa juzgada. El juez no puede dejar de resolver por insuficiencia, obscuridad o silencio de la ley<sup>226</sup>.
- e) El *Executio*: Es decir, la facultad que corresponde a los órganos jurisdiccionales para la ejecución de las resoluciones judiciales, incluso recurriendo al empleo de la fuerza pública, de ser necesario.

Sin embargo, modernamente la doctrina procesal prefiere hablar de poderes radicados en la función jurisdiccional, los cuales se dividen en cuatro grupos<sup>227</sup>; a saber:

- a) Poder de decisión: Por el cual la autoridad resuelve los conflictos de intereses planteados. Emite un juicio de valor y un mandato que se transmite a las partes con fuerza obligatoria, y que significa para las partes la subsunción de los hechos en el derecho.
- b) Poder de coerción: Consiste en una potestad disciplinaria de imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen el proceso en su desenvolvimiento. Poder de ejecución y poder de coerción se distinguen en que mientras el primero consiste en llevar adelante la realización efectiva del mandato, el segundo consiste en la imposición de

<sup>225</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema Procesal, Garantía de la Libertad*. Tomo I, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2009, pág. 262.

<sup>226</sup> ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo II, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1957, págs. 427 – 428.

<sup>227</sup> GOZAÍNI, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 185.



una sanción a un acto de inconducta con la pena que establezca la ley, todo ello en el desarrollo del proceso que tiende a la decisión.

- c) Poder de documentación: Es el poder que recibe la judicatura para conformar el “clásico” expediente y a su vez es el poder para decretar y practicar pruebas que en ocasiones va unido al poder de coerción.
- d) Poder de ejecución: Que se relaciona con el de coerción, pero que tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de la coacción y aún de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el juicio, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que este se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito<sup>228</sup>.

## 2.5. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

El artículo 139° de la Constitución consagra los principios y derechos de la función jurisdiccional; esto es (según dicha disposición):

- 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.*
- 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de*

<sup>228</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Segunda Edición, Temis, Bogotá – Colombia, 2009, pág. 86.

*investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.*

*3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.*

*4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.*

*5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.*

*6. La pluralidad de la instancia.*

*7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.*

*8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.*

*9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.*

*10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.*

*11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.*

*12. El principio de no ser condenado en ausencia.*

*13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.*

14. *El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.*

15. *El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.*

16. *El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.*

17. *La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.*

18. *La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.*

19. *La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.*

20. *El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.*

21. *El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.*

22. *El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*

En esta oportunidad desarrollaremos algunos de dichos principios-derechos, los que precisamente resultan útiles para los fines de la presente investigación.

### 2.5.1. Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional como principio rector del diseño constitucional de justicia

Este principio rector que encabeza el electo de principios constitucionales que diseñan el sistema de administración de justicia, se encuentra consagrado en el artículo 139° inciso 1 de la Constitución el cual establece:

*Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia*

*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

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

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

*No hay proceso judicial por comisión o delegación (...).*

a) **El principio de exclusividad de la función jurisdiccional.**- Implica que la función jurisdiccional tiene que estar confiada únicamente a los órganos jurisdiccionales dentro de las competencias previstas en la Constitución y en las leyes. Como afirma Javier PÉREZ ROYO “tal atribución no admite excepción bajo ningún tipo de circunstancias por muy extraordinarias que sean. La protección excepcional del Estado puede conducir en circunstancias extraordinariamente graves a la ‘reunión’ de los poderes legislativo y ejecutivo. Pero no hay ‘estado de excepción’ que pueda justificar la ‘invasión’ del poder judicial por ninguno de los otros dos poderes del Estado”<sup>229</sup>.

La Constitución establece a su vez en el mismo artículo 139° inciso 3 que: *Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.*

<sup>229</sup> PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Décima Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid – Barcelona, 2005, pág. 885.

Y que: *Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno* (Artículo 139 inciso 2).

Para Ana María CHOCRÓN GIRÁLDEZ: La exclusividad puede abordarse desde diversas perspectivas: 1) El monopolio estatal de la jurisdicción, 2) La atribución de la potestad jurisdiccional exclusivamente a los órganos jurisdiccionales (reserva de jurisdicción), y por último, 3) Desde una dimensión o aspecto negativo para resaltar que la función jurisdiccional ha de ser la única ejercitada por los juzgados y tribunales (...). El ejercicio de la potestad jurisdiccional que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se atribuye de modo exclusivo a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, lo que quiere decir que el Estado se apodera del conocimiento y resolución de las controversias que surjan en el seno de una sociedad. En esto consiste el monopolio estatal de la jurisdicción, es decir, 'la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se ha de encomendar solamente a órganos estatales con exclusión de cualesquiera órganos o personas privadas'. (...)

La exclusividad de la función jurisdiccional “manifiesta dos consideraciones trascendentes. Por un lado, que sólo quienes ostenten la potestad de juzgamiento, tienen la posibilidad de someter a las partes a las disposiciones de un proceso que resolverán de manera definitiva. Por otro, que no es posible pensar en la delegación de esa potestad”<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup> GOZAÍNI, Osvaldo A. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”. Tomo I. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 165-166.

Para Juan MONROY GÁLVEZ: “Nadie puede irrogarse en un Estado de derecho la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio. Esta actividad le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados, ésta tiene la exclusividad del encargo. El principio significa, además, que si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso instaurado contra él. Es más, para cuando el proceso acabe, dicha persona estará también obligada a cumplir con la decisión que se expida en el proceso del cual formó parte. En cualquiera de ambos casos, ni su actividad ni su omisión podrán liberarla de la obligatoriedad de cumplir con lo que se decida. Podrá ser compelida a ello, por medio del uso de la fuerza estatal”<sup>231</sup>.

Para el Tribunal Constitucional el principio de la exclusividad de la función jurisdiccional posee dos vertientes:

*“a) Exclusividad judicial en su vertiente negativa: se encuentra prevista en el artículo 146, primer y segundo párrafos, de la Constitución, según la cual los jueces no pueden desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional, salvo la docencia universitaria (...). Esta vertiente del principio de exclusividad de la función jurisdiccional, pues tiene la finalidad de evitar que el juez se parcialice en defensa del interés de una determinada entidad pública o privada (...).*

*b) Exclusividad judicial en su vertiente positiva: se contempla en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución, según el cual solo el Poder Judicial puede ejercer función jurisdiccional, salvo el caso de las excepciones ya mencionadas del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la jurisdicción militar, entre otros. En otras palabras, en un Estado Constitucional de Derecho, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden arrogarse la función jurisdiccional, pues, como se ha mencionado, esta actividad le corresponde exclusivamente al Poder*

---

<sup>231</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General de Proceso*. Palestra Editores, Lima, 2007, pág. 175.

*Judicial, al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones y a la jurisdicción militar, entre otros”<sup>232</sup>.*

Como se advierte, la exclusividad de la función jurisdiccional, que encuentra fundamento en la teoría de la separación de poderes (ya desarrollado en puntos anteriores), no es en realidad estricta. De conformidad con los artículos 139 inciso 1, 149, 202 y 181, entre otros, de la Constitución, la exclusividad de la función jurisdiccional admite sin embargo la existencia de jurisdicciones excepcionales o especiales como las confiadas al Tribunal Constitucional, la jurisdicción militar, el Jurado Nacional de Elecciones, entre otros. El propio Tribunal señala que “[...] *el ámbito de la jurisdicción ordinaria es de naturaleza global o totalizadora, mientras que el que corresponde a las jurisdicciones especializadas, es de naturaleza restringida, determinable a partir de la competencia que la Constitución les ha asignado*”<sup>233</sup>.

El Tribunal reconoce asimismo otros órganos e instituciones con jurisdicción al establecer que:

*“20. Por error de técnica, si bien en el artículo 139° de la Constitución se señala que: ‘la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes’ en puridad, como el propio texto fundamental lo reconoce, asistemática, pero expresamente, reconoce otras jurisdicciones especiales; a saber: la militar y la arbitral (inciso 1 del artículo 139°); la de las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°); y la Constitucional (artículo 202°)”<sup>234</sup>.*

<sup>232</sup> STC N° 0004-2006-AI/TC, 29/03/2006, Fundamento Jurídico 15. Ver sentencia en:

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>>

<sup>233</sup> STC N° 0017-2003-AI/TC, 16/03/2004. Ver sentencia en:

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>>

<sup>234</sup> STC N° 0023-2004-AI/TC, 09/06/2004. Ver en:

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>>

En síntesis, podemos decir que según el propio texto constitucional y sintetizado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias, ejercen función jurisdiccional los siguientes órganos: Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Tribunales arbitrales, Tribunales Militares, las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

Sin embargo, también debe tenerse en consideración que –conforme lo señala el Tribunal Constitucional- : “[L]a existencia de jurisdicciones especializadas no debe ni puede entenderse como sinónimo de lo que propiamente constituye una ‘jurisdicción de excepción’. Con este último concepto se alude a órganos ad-hoc, creados para realizar el juzgamiento de un determinado conjunto de conductas, normalmente de naturaleza política, y que no pertenecen a la estructura del Poder Judicial, por lo que se encuentran prohibidos por la Norma Suprema”<sup>235</sup>.

Siendo ello así, podemos afirmar dando una lectura sistemática de la Constitución y efectuado una correcta lectura del principio de exclusividad de la función jurisdiccional (conforme a los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de corrección funcional) que aquél hace alusión a que la función de impartir justicia (declarando el derecho en forma definitiva al caso concreto y ejecutando lo declarado de ser necesario) y que como poder-deber corresponde al Estado no lo ejerce a través de los órganos que conforman los llamados Poder Ejecutivo ni el Poder Judicial, sino exclusivamente a órganos que precisamente tienen naturaleza jurisdiccional a los que la Constitución les asigna tales funciones: Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, justicia arbitral, Tribunales Militares y las autoridades de las comunidades campesinas y nativas. Le corresponde a los órganos jurisdiccionales que conforman el Poder Judicial el conocimiento de causas ordinarias o globales, y a los demás órganos jurisdiccionales las causales especiales que la Constitución les asigna.

---

<sup>235</sup> STC N° 0017-2003-AI/TC, 16/03/2004, Fundamento Jurídico 122. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>



b) **El principio de unidad de la función jurisdiccional.**- Osvaldo GOZAÍNI observa la importancia de la unidad de la función jurisdiccional al sostener que: “[n]o es resultado valioso dividir el concepto de jurisdicción, pues equivale a escindir su misma naturaleza. La jurisdicción es única siendo imprudente pensar en más de una jurisdicción para el Estado. Por consiguiente, el órgano con funciones jurisdiccionales también es único (...).

Bien señala Gimeno SENDRA, que en un Estado de Derecho la función de juzgar debe encomendarse a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación es su conformación y competencia está expresamente desterrada. La ausencia de imparcialidad e independencia sería causa para desconocer ejercicio alguno de jurisdicción”<sup>236</sup>.

Como buen afirma el profesor Juan MONROY GÁLVEZ: “Si la jurisdicción es una potestad que emana de la soberanía popular es evidente que ha de ser necesariamente única; es conceptualmente imposible que un Estado no federal tenga más de una jurisdicción, por cuanto sólo existe una soberanía y sólo puede existir una potestad jurisdiccional que emane de ella. Teóricamente el ejercicio de esta potestad jurisdiccional podría corresponder a un órgano único, pero, dado que ello es prácticamente imposible, atendida la cantidad de asuntos que deben resolverse, han de existir varios miles de órganos jurisdiccionales a los que se atribuye potestad jurisdiccional. Aparece así la organización judicial y dentro de ella pueden existir distintas clases de tribunales. La jurisdicción no sólo es única, es también indivisible y, por tanto, todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad. No se tiene parte de la potestad jurisdiccional, sino que ésta o se tiene o no se tiene. Cuando a un órgano del Estado se atribuye jurisdicción, se le atribuye toda la jurisdicción. Lo que

---

<sup>236</sup> GOZAÍNI, Osvaldo A. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”. Tomo I. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 164.

puede distribuirse es la competencia (...). Aunque la jurisdicción no se reparta, sí cabe repartir la materia, el territorio y la actividad procesal (...)<sup>237</sup>.

José ALMAGRO NOSETE habla con precisión de “unidad de jurisdicciones” y sostiene con mucha precisión que:

“Cuando se habla de unidad jurisdiccional (principio de) o de unidad de jurisdicciones, concurren dos planteamientos: uno abstracto, especulativo y conceptual; y otro histórico, político y reivindicativo.

Conforme al primer, entendida la función jurisdiccional como expresión de un monopolio estatal, desaparecidas las jurisdicciones gremiales, corporativas en general, señoriales, etc.; reconocido, en suma, que el único poder cualificado es el que dimana de la soberanía, no cabe duda que puede hablarse de un concepto unitario y de unas diversificaciones que, en este sentido, son manifestaciones de aquel único poder.

Pero lo que históricamente, ha constituido el núcleo de la lucha por la unidad jurisdiccional no ha sido el lograr una abstracta función unitaria radicada en el poder estatal, sino conseguir una justicia garantizada porque a su servicio sólo hubiera auténticos jueces. Si, en un primer momento, la esperanza se cifró en la jurisdicción del rey, jurisdicción real, más tarde, ordinaria o común, frente a la atomización que representaban los privilegios de fuero, luego las reivindicaciones se dirigieron a que la jurisdicción ordinaria, en la que los ideales en cuanto a la autenticidad del juez se realizaban, en mayor grado, expandiera su ámbito a campos no justiciables, a que absorbiera funciones materialmente jurisdiccionales encomendadas a órganos que no eran judiciales, como ocurría respecto de la jurisdicción retenida, en materia contencioso-administrativa (...).

---

<sup>237</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo I (Parte General). Tirant Lo Blanch. Valencia – España, 2004, págs. 65-66.

En este sentido, lo que la unidad de jurisdicción postula en los tiempos modernos, no es tanto que la jurisdicción ordinaria, cuyo núcleo tradicional ha venido constituido por jurisdicción civil y la jurisdicción penal, absorba a las demás, sino a que no haya una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la ordinaria, y si éstas son insuficientes a que se adecúen a las exigencias de los países civilizados. En suma, no está reñida con la especialización de los órganos, siempre que ésta responda a condiciones objetivas y legales y no sean motivos de soterráneas discriminaciones. Y está frente a los Tribunales de excepción; frente a las atribuciones de funciones judiciales a órganos no jurisdiccionales, frente a cualquier sistema que prive al individuo de la garantía de Juez legal o natural”<sup>238</sup>.

Por otra parte, Juan MONROY PALACIOS –una vez más con la acuciosidad que lo caracteriza- observa acertadamente respecto de la mal llamada “jurisdicción excepcional” que se atribuye al arbitraje que: “La ‘jurisdicción excepcional’ que algunos pretenden llevar hasta sus últimas consecuencias, valiéndose simplemente del texto expreso de la norma constitucional, es una categoría que no resiste el más mínimo análisis. Técnicamente, el nombre correcto para crear campos diferenciados respecto de la actividad de los jueces ordinarios es la ‘jurisdicción especial’, pero más allá del *nomen juris*, que siempre es lo accesorio, es necesario tener en cuenta la posibilidad de que el ordenamiento constitucional prevea jueces distintos a los ordinarios tiene como presupuesto insuperable el respeto por la *unidad de la jurisdicción*. Este principio, lejos de aplicarse sólo a los jueces que conforman la estructura del Poder Judicial, admite además la existencia de otros jueces estatales, siempre y cuando la referida unidad se exprese en alguna de sus especies: a) que haya *unidad orgánica*, como el caso de la ‘jurisdicción militar’, sobre la cual es imperativo que se creen fórmulas de control efectivo por parte de la jurisdicción ordinaria; o b) *unidad sustancial*, representada por una necesaria homogeneidad entre jueces ordinarios y especiales, como los que conforman el Tribunal Constitucional.

<sup>238</sup> ALMAGRO NOSETE, José. *Constitución y Proceso*. Librería Bosch, Barcelona, 1984, págs. 84-85.

En efecto, unos y otros no sólo resuelven controversias, sino que ejercen funciones públicas y poseen el imperio necesario para que sus decisiones adquieran la autoridad de la cosa juzgada y sean susceptibles de ejecución”<sup>239</sup>.

Para nosotros la unidad de la función jurisdiccional es mejor entendida a partir de lo ha expuesto a cerca de la exclusividad de la jurisdicción. Precisamente si la función jurisdiccional es ejercitada a través de diversas órganos del Estado a quienes la Constitución les ha dotado de potestad jurisdiccional, entonces congruente con la unidad del poder estatal (ya expuesto en puntos anteriores) dicha función del Estado de impartir justicia debe también ser unitario, es decir, constituir un sistema concatenado en donde el Estado a través de dichos órganos –según sus competencias- pueda en forma uniforme dar una respuesta frente a la *litis* conforme a la Constitución y las normas internacionales de protección de los derechos humanos. El hecho de que existan diversos órganos con funciones jurisdiccionales y que estos gocen de autonomía funcional, no exime a que el Estado cree mecanismos para unificar dicha respuesta de justicia que el ciudadano espera al fin a cabo del Estado. Tal nivel de concordancia o corrección funcional debe existir en algún momento del ejercicio de dicha función jurisdiccional a cargo de los órganos que imparte justicia a nombre del Estado y la Nación. Así, tal corrección funcional se da con la intervención que el Tribunal Constitucional efectúa como última instancia en materia de tutela de derechos fundamentales y control de constitucionalidad sobre las funciones que respecto a ello ejerzan por ejemplo los jueces del Poder Judicial. Asimismo, el Poder Judicial ejerce control sobre la Justicia Militar a través de la Casación en caso de imposición de pena muerte (artículos 141° y 173° de la Constitución)<sup>240</sup>. Sobre la justicia arbitral cabe también el control jurisdiccional (de legalidad y de constitucionalidad) bajo determinadas condiciones y limitaciones

<sup>239</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 10 (Director Juan José Monroy Palacios), Comunitas, Lima, 2008, pág. 143.

<sup>240</sup> “Artículo 141.- Casación.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173”.

establecidas en la Constitución y la ley. Las decisiones jurisdiccionales del Jurado Nacional de Elecciones también son posibles de ser revisadas por el Tribunal Constitucional cuando afecten del debido proceso.

En este mismo criterio, el Tribunal Constitucional ha sentado que:

*“Es necesario precisar que conforme al artículo 139°, inciso 1, de la Constitución el principio de la unidad de la función jurisdiccional implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas garantías procesales establecidas por la Constitución (...).*

*Todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional (sea ordinario, constitucional, electoral, militar y, por extensión, los árbitros) debe respetar, mínimamente, las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional ‘efectiva’ y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, independiente e imparcial, a la ejecución de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales (...). El principio de unidad de la función jurisdiccional implica también que los órganos como el Poder Judicial deban contar con un estatuto jurídico propio y único, de modo tal que se logre preservar la independencia del juez, así como la*



*vigencia del principio de igualdad, que en una de sus manifestaciones, implica un trato igual para los iguales (...)*<sup>241</sup>.

Asimismo en la sentencia expedida en el precedente vinculante del caso Sociedad Minera María Julia, el Tribunal ha establecido que:

*“[e]l principio de unidad de la función jurisdiccional (que implica que el Estado, en conjunto, posea un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tengan idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento), ya que , como ha señalado este Tribunal, “de ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución” (STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 10)*<sup>242</sup>.

### **2.5.2. Independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales como garantía de los jueces y de los justiciables**

**a) La independencia de los órganos jurisdiccionales.-** Constituye una condición necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional y la garantía de la exclusividad de la función jurisdiccional. No podría hablarse válidamente de exclusividad de la función pública de impartir justicia sin que a la parte se garantice a su vez la independencia, imparcialidad e inamovilidad de los jueces.

<sup>241</sup> STC N° 0004-2006-AI/TC, 29/03/2006, Fundamento Jurídico 8 y 32. Ver sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>

<sup>242</sup> STC N° 00142-2011-PA/TC, fundamento jurídico 23.

Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>

El Tribunal Constitucional ha establecido con claridad que:

*“La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad auto determinativa de los jueces y magistrados para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.*

*El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.*

*La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.*

*La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de la Justicia Militar [és autónomo y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa]; también es importante que la estructura*

*orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación”<sup>243</sup>.*

*“El principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones:*

*a) Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, militar, laboral, entre otras, no puede depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta.*

*En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentren en similar nivel y jerarquía, entre otros casos.*

*Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio*

<sup>243</sup> STC N° 0023-2003-AI/TC, Fundamentos Jurídicos 28, 29, 31 y 33. Citado también por ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Edit. ADRUS, Cuarta Edición, Lima, 2011, págs. 181-182.

Ver sentencia en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>>



*de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: 'El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...); y 'El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y a la ley', respectivamente.*

*De otro lado, es importante precisar que lo expuesto parágrafos precedentes no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometido a crítica. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho 'de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley', y del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias.*

*Tal derecho a la crítica de las resoluciones judiciales también tiene límites, entre los que destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a ella.*

- b) Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a la voluntad de otros órganos*

*judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.*

*En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el principio de independencia judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.*

*En cuanto al segundo punto, el principio de independencia judicial implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros”<sup>244</sup>.*

---

<sup>244</sup> STC N° 0004-2006-AI/TC, Fundamento Jurídico 18. Ver sentencia en:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>>

**b) El principio de imparcialidad en la función jurisdiccional.-** Debe tenerse en consideración que mientras que el principio de independencia judicial, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas al proceso, ya sea provengan de fuera de la organización o dentro de ella, el principio de imparcialidad, estrechamente ligado al principio de independencia funcional, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso.

El Tribunal Constitucional ha establecido que este principio posee dos acepciones<sup>245</sup>:

- a) Imparcialidad subjetiva. Se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso.
- b) Imparcialidad objetiva. Está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

En otra de sus sentencias, el Supremo Intérprete de la Constitución, ha señalado que: *“La imparcialidad del juez no puede ponerse en duda de ninguna forma, menos aún a través de una actitud negligente por parte del propio juez. En esa perspectiva se ha desarrollado la teoría de las apariencias, que previene que debe comprobarse si la actuación del juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, frente a lo cual se observará que opiniones pueden revestir importancia”*<sup>246</sup>.

<sup>245</sup> STC N° 0004-2006-AI/TC, Fundamento Jurídico 20.

<sup>246</sup> STC N° 0006-2009-PI/TC, Fundamento Jurídico 38. Ver sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2010/00006-2009-AI.html>

### 2.5.3. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso como derechos fundamentales en la función jurisdiccional

El artículo 139 numeral 3 de la Constitución consagra que:

*"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".*

Así, el artículo 139 de nuestra Carta Magna consagra uno los principios y derechos de la función jurisdiccional, como líneas o postulados directrices que deben guiar la función estatal en la impartición de justicia, los cuales básicamente se agrupan en dos grandes derechos: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso. Cuyas conjunciones conducen a la obtención de un *proceso justo y debido* presupuesto básico que el Estado Constitucional de Derecho nos brinda para el logro de una sociedad justa conducente al bienestar general.

a) **El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.**- Como de arranque sintetiza Jesús GONZÁLEZ PÉREZ –autoridad indiscutible en esta materia-: “El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona que se le ‘haga justicia’; a que cuanto pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso unas garantías mínimas. Siendo la Justicia uno de los valores fundamentales que todo Ordenamiento jurídico debe perseguir, su realización constituye una misión primordial de la actividad de cualquier Estado (...)”<sup>247</sup>.

<sup>247</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Civitas Ediciones, Tercera Edición, Madrid, 2001, pág. 33.

Según el mismo GONZÁLEZ PÉREZ: “El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”<sup>248</sup>.

Según Juan MONROY GÁLVEZ. El *derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso* consiste en aquel derecho que tiene toda persona, en tanto es sujetos de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias<sup>249</sup>.

Horacio D. ROSATTI expresa que el derecho a la jurisdicción antes del proceso es el derecho a exigir del estado –monopolizador del servicio de administración de justicia- el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta<sup>250</sup>.

Francisco CHAMORRO BERNAL –otro maestro en la materia- en su ya clásico texto (“La tutela Judicial efectiva”) precisa también con bastante didáctica: “El libre acceso a la jurisdicción, es decir, a esa determinación irrevocable del derecho en un caso concreto- monopolio de los órganos judiciales, según el art. 117.3 CE- es la primera consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva y el paso previo y necesario para la protección jurisdiccional. No se puede obtener la prestación jurisdiccional, la resolución que pone fin a la controversia, si por algún motivo no es posible acceder primero a los Jueces y Tribunales, acceso que, por

<sup>248</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Ob. Cit.*, pág. 33.

<sup>249</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Palestra Editores, Biblioteca de Derecho Procesal N° 6, Lima, 2007, pág. 454.

<sup>250</sup> ROSATTI, Horacio D. *El derecho a la Jurisdicción antes del Proceso*. Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 47.

tanto, es considerado por el TC como el primer escalón en el ejercicio del derecho a la prestación judicial”<sup>251</sup>.

Otra vez el maestro GONZÁLEZ PÉREZ sintetiza con bastante claridad respecto del acceso a la jurisdicción en este primer momento que tal derecho, consagrado en el artículo 24 de la Constitución española, reconoce el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, es decir, a órganos que sean propiamente jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, a órganos imparciales e independientes, cuyos titulares gocen de la garantía de la inamovilidad. Supone el derecho de acceso a órganos propiamente judiciales, que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento y que no se obstaculice su acceso<sup>252</sup>.

El Tribunal Constitucional ha sostenido en innumerables oportunidades que el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional. Dicho derecho no ah sido expresamente enunciado en la Constitución de 1993, pero no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso. “Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, su contenido protegido no se agota en garantizar el *derecho al proceso*, entendido como facultad de excitar la actividad la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento

<sup>251</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva*. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1994, pág. 18.

<sup>252</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Civitas Ediciones, Tercera Edición, Madrid, 2001, pág. 61-62.

de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados. En este sentido, su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional 'efectiva', pues, como lo especifica el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe garantizarse el derecho de acceder a un 'recurso efectivo', lo que supone no sólo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias<sup>253</sup>.

El *derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso*, en cambio, contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participen en un proceso judicial. Durante el proceso, los justiciables tienen en virtud del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional el derecho a: a) Obtener una resolución judicial de fondo "cuando en el proceso se hayan cumplimentado todos y cada uno de los presupuestos y requisitos condicionantes de la validez del mismo"<sup>254</sup>; b) Obtener una resolución judicial motivada y fundada en derecho, "es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión" y que "dicha motivación ha de estar fundada en derecho, cargo que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no fruto de la arbitrariedad, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada en Derecho (SSTC 74/2007, de 16 de abril, 132/2007, de 4 de junio, 177/2007, de 23 de julio, 222/2007, de 8 de octubre...)"<sup>255</sup>; y, c) Obtener una resolución judicial congruente, es decir, "que las resoluciones judiciales otorguen respuesta, efectivamente, a todas las pretensiones litigiosas que las partes

<sup>253</sup> STC N° 0010-2001-AI/TC, Fundamento Jurídico 10. Ver sentencia en:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>>

<sup>254</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Civitas - Thomson Reuters, pág. 161.

<sup>255</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Ob. Cit.*, pág. 163.

hayan sometido en tiempo y forma a la cognición de los tribunales de justicia. De no ser así, de admitirse la posibilidad de que los juzgadores pudiesen desvincularse de las peticiones concretas formuladas por las partes en el proceso y resolver a su antojo lo que personalmente estimaran oportuno, el proceso, en realidad, no serviría para nada, ni sería capaz de erigirse en el instrumento normativo donde los miembros de la comunidad social pueden lograr la pacífica resolución de sus conflictos y controversias jurídicas”<sup>256</sup>.

En suma, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en el derecho que tiene toda persona (o más estrictamente todo sujeto de derecho) para acceder al órgano jurisdiccional a través de la vía procesal pertinente, por lo que su principal manifestación es el derecho de acceso a la justicia (derecho de acción). El derecho de acción es previo al proceso, abstracto y público pues su destinatario es el Estado que activa la maquinaria jurisdiccional. Pero una vez aperturado el proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva exige que el Estado, a través de todos los actos jurisdiccionales que despliegue en el proceso y en atención a pedidos, solicitudes, pretensiones, contradicciones u oposiciones, etc. y en general en relación a los actos de parte (resoluciones, decretos, autos, sentencias, etc.), deba pronunciarse conforme a derecho, que equivale a justicia (dando a cada quien lo que por derecho le corresponde, *suum cuique tribuere*, a decir del jurisconsulto romano Ulpiano). Lo cual quiere decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no solo se satisface con la sentencia justa y equitativa, sino que este derecho exige que el juez u órgano jurisdiccional (u órgano decisor, en estricto) se pronuncie conforme a derecho en todo acto procesal o procedimiento en la que le corresponda (y por ende deba) pronunciarse.

Sin embargo, cabe con precisión también aclarar que el derecho de acceso a la justicia no garantiza en modo alguno un derecho a obtener una sentencia favorable, ni siquiera una sentencia en cuanto al fondo, sino básicamente un pronunciamiento conforme a derecho procesal y a derecho material. Y, si ello importa un

---

<sup>256</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Ob.Cit.*, pág. 174.



pronunciamiento sobre el fondo del asunto litigioso, el derecho a la tutela jurisdiccional garantiza a su vez el derecho a la ejecución, de ser el caso, del derecho declarado en el caso concreto a través de la sentencia fondal estimativa.

Tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional español: *“El derecho a la tutela efectiva no comprende –obviamente– el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello”*<sup>257</sup>.

Finalmente, el derecho a la tutela jurisdiccional comprende a su vez el derecho a la efectividad de las sentencias. Como afirma GONZÁLEZ PÉREZ: *“La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al Ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga el pedido. La efectuación del mandato puede tener lugar porque la persona obligada lo cumpla voluntariamente, sin oponerse a la decisión judicial. Pero si el obligado se resiste de cualquier manera a realizar lo mandado, el estado –que prohíbe la autodefensa– debe emplear los medios necesarios para superar la resistencia, llegando al empleo de la fuerza pública para lograrlo (...). Si el obligado no cumple lo mandado por la sentencia, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la facultad de dirigirse a un órgano jurisdiccional para que adopte cuantas medidas y providencias fuesen necesarias para que se realice lo dispuesto en el fallo (...)”*<sup>258</sup>.

---

<sup>257</sup> STC español del 31 de marzo de 1981. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Civitas Ediciones, Tercera Edición, Madrid, 2001, pág. 34.

<sup>258</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Ob. Cit.*, págs. 337 y 345.

Joan PICÓ I JUNOY –citando algunas sentencias del Tribunal Constitucional español- sintetiza que: “El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos exige también que el fallo judicial se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el Derecho reconocido en el proceso se hace real y efectivo, y se garantiza el pleno respeto a la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente. De lo contrario, las resoluciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones., relegándose la efectividad de la tutela judicial a la voluntad caprichosa de la parte condenada. Por ello, ante la falta de cumplimiento voluntario de un determinado fallo judicial procede su imposición forzosa a la parte vencida. La ejecución ha de llevarse a cabo en los propios términos de la resolución de acuerdo con el fallo, que es el que contiene el mandato de la Sentencia, sin posibilidad de modificarlo. En consecuencia, si un Tribunal se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la Sentencia que debe ejecutarse, o introduce una cuestión nueva no contenida en dicho fallo, está vulnerando el art. 24.1 C.E. y por tanto es nula la resolución en que se opera la modificación”<sup>259</sup>.

Y también, el Tribunal Constitucional nuestro ha manifestado al respecto de esta manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional que:

“El derecho a la ejecución de resoluciones judiciales es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en nuestra Constitución (artículo 139, inciso 3).

Si bien nuestra Carta Fundamental no se refiere en términos de significado a la “efectividad” de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. En este sentido, el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución. Esta obligación constitucional se desprende además de los convenios

---

<sup>259</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Segunda Edición, Bosch Editor, Barcelona, 2012, pág. 93.

internacionales de los que el Perú es parte. En efecto, este Tribunal recuerda que el numeral 1) del artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vía expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. Derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc.).

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido<sup>260</sup>.

**b) El derecho al debido proceso.-** Este encuentra su origen histórico en la Carta Magna Inglesa de 1215, expedida en Inglaterra por el rey Juan sin Tierra para reconocer una serie de derechos feudales demandados por los barones. El artículo 39 de dicho cuerpo normativo señala textualmente lo siguiente: *"Ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra"*.

En ese sentido, quedan consagradas las garantías del juez competente y la ley preexistente. La Carta Magna, redactada inicialmente en latín, es traducida al inglés

---

<sup>260</sup> STC N° 4119-2005-AA/TC, Fundamento Jurídico 64-65. Ver sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/04119-2005-AA.html>

por el rey Eduardo III recién en 1354, empleándose el término *due process of law* (debido proceso legal) en lugar de *per legem terrae* (ley de la tierra). Posteriormente, la cláusula del *due process of law* aparece consagrada también en Inglaterra en The Petition of Right de 1627 y el Hábeas Corpus Act de 1640. Posteriormente, en 1789 Madison introdujo la quinta enmienda a la Constitución federal norteamericana de 1787 por la cual ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad sin el *due process of law*<sup>261</sup>.

El Tribunal Constitucional por su parte ha desarrollado una doctrina sin precedente en nuestra jurisdicción constitucional, englobando los derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso en una sola categoría: la *tutela procesal efectiva*.

Como observa Gerardo ETO CRUZ: Aparentemente se trataría de un concepto laxo o genérico pero que ciertamente tiene su encaje constitucional en el artículo 139.3, aún cuando dicha cláusula haga una diferenciación al debido proceso y la tutela judicial. En tal situación, el Tribunal Constitucional ha conceptualizado esta categoría señalando, independientemente de lo que establece el artículo 4 del Código Procesal Constitucional<sup>262</sup>.

Para el Tribunal Constitucional:

<sup>261</sup> ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Función Jurisdiccional*. Programa de Formación de Aspirantes, Lima, 2000. Ver versión electrónica en:

<[http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ\\_justicia/funcion\\_jurisdiccional.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/funcion_jurisdiccional.pdf).>

<sup>262</sup> Artículo 4.- Amparo contra resoluciones judiciales.-

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

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

*La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial (...).”<sup>263</sup>.*

*“(...) Es pertinente recordar que, según doctrina de nuestro ordenamiento constitucional la tutela jurisdiccional es un derecho ‘continente’ que engloba, a su vez, dos derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste (...) comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...).”<sup>264</sup>.*

En cuanto a los derechos que conforman el derecho a la tutela jurisdiccional o procesal efectiva, tales derechos se encuentran previstos en el Código Procesal

<sup>263</sup> STC N° 6712-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico 13. Ver la sentencia en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>

<sup>264</sup> STC N° 3938-2007-PA/TC, Fundamento 1. Ver sentencia en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03938-2007-AA.html>

Constitucional de modo enunciativo y no taxativo. Así lo ha establecido también el Tribunal Constitucional al establecer que: “[...] [L]a enunciación de una lista de derechos que el legislador ha establecido como atributos de la tutela procesal efectiva, para efectos de controlar la actuación de los jueces o incluso de los fiscales en el ámbito de sus respectivas competencias relacionadas con los procesos judiciales, no agota las posibilidades fácticas para el ejercicio de dicho control, ni tampoco quiere significar una lista cerrada de derechos vinculados a la cláusula general de la tutela procesal efectiva. Esto se desprende además de la propia lectura del artículo 4° del Código Procesal Constitucional que al referirse a la tutela procesal efectiva lo define como ‘aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos...’. Una lista enunciativa supone una referencia sobre los alcances de tal derecho, más no debe interpretarse como una lista cerrada de posibles infracciones, puesto que no se trata de un código de prohibiciones sino de posibilidades interpretativas para su mejor aplicación. Resulta por tanto razonable pensar que con la enunciación no se está estableciendo la imposibilidad de que otros bienes constitucionales, y no solo la tutela procesal, puedan también resultar afectados mediante la actuación del poder jurisdiccional del Estado”<sup>265</sup>.

Tal como observa el ex magistrado del Tribunal Constitucional Gerardo ETO CRUZ: “Igualmente el Tribunal Constitucional aparte de la conceptualización arriba anotada de la llamada *tutela procesal efectiva*, ha diseñado intermitentes reflexiones jurisdiccionales de uno de los núcleos duros y rectores que conforman los derechos fundamentales de las partes en conflicto: el debido proceso. Así ha sostenido este Colegiado que:

*“[...] el derecho al debido proceso [...] significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas*

---

<sup>265</sup> STC N° 1209-2006-PA/TC, Fundamento Jurídico 26. Ver sentencia en:  
<<http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.html>>

*esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos fundamentales.*

*El derecho fundamental al debido proceso, tal como ha sido señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es un derecho –por así decirlo– continente puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que (...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos (STC 07289-2005-AA/TC, Fj5).*

*Al respecto, es importante precisar que, sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustancial, de modo tal que el juez constitucional está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que este Colegiado haya señalado, en anteriores pronunciamientos, que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva ‘se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer’ (STC 9727-2005-HC/TC, FJ7)<sup>266</sup>.*

*“[...] [E]l debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos*

---

<sup>266</sup> STC N° 09518-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico 2. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/09518-2005-HC.html>

*estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo (...) o jurisdiccional, debe respetarse el debido proceso legal”<sup>267</sup>.*

*“[l]a exigencia de su efectivo respecto [del debido proceso] no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria realizada por el órgano jurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no sólo es un derecho procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional”<sup>268</sup>.*

*“El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que está previsto en la Constitución Política de 1993 (artículo 139, inciso 3) (...) Una interpretación literal de esta disposición constitucional podría llevar a afirmar que el debido proceso se circunscribe estrictamente a los procesos de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, una interpretación en ese sentido no es correcta. El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que ha de ser observado en todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza. Ello es así en la medida en que el principio de interdicción de la arbitrariedad es un principio inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora*

*De ahí que sea una verdad de Perogrullo decir el debido proceso se aplica también a las relaciones inter privado, pues, que las asociaciones sean personas jurídicas de Derecho privado, no quiere decir que no estén sujetas a*

<sup>267</sup> STC N° 0090-2004-PA/TC, Fundamento Jurídico 24. Ver la sentencia en:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>>

<sup>268</sup> STC N° 7723-2006-PHC/TC, Fundamento Jurídico 3. Ver la sentencia en:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07723-2006-HC.pdf>>



*los principios, valores y disposiciones constitucionales; por el contrario, como cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlas, más aún cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora.*

*En tal sentido, las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto del derecho fundamental al debido proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que hubiesen establecido, a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen (Exp. N° 1461-2004-AA/TC)”<sup>269</sup>.*

Respecto al contenido del derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

*“[..][E]l derecho al debido proceso no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden, dentro del cual se encuentra el de acceso a los medios impugnatorios [...]”<sup>270</sup>.*

*“Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, que el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la óptica estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada*

<sup>269</sup> STC N° 4241-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 6. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04241-2004-AA.html>

<sup>270</sup> STC N° 5194-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico 2. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05194-2005-AA.html>

*caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (un juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas”<sup>271</sup>.*

Sobre las dimensiones del debido proceso: debido proceso formal y debido proceso sustantivo, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

*“Una de las problemáticas que se suscitan en los terrenos de la teoría general de los derechos fundamentales en las dimensiones que comprende el debido proceso; situación ésta en la que el Tribunal Constitucional ha asumido en parte el pensamiento continental europeo sobre esta temática; aún cuando reconoce que este desarrollo es atributo prima facie del desarrollo anglosajón en su versión de due process of law. Así:*

*El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; por la primera, los principios y reglas que lo integran tienen que*

---

<sup>271</sup> STC N° 10034-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico 8. Ver la sentencia en:  
<<http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2007/10034-2005-AA.html>>

*ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; por la segunda, se relaciona con los estándares de justicia, como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”<sup>272</sup>.*

*“[...] [L]a dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes. Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que este extremo suscribimos, ‘el derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las actuaciones procesales sino de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellos’.*

*Por nuestra parte, hemos expresado que a partir del debido proceso también es posible un control que no es sólo procesal o formal, sino también material o sustancial, respecto de la actuación jurisdiccional vinculado esta vez con la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones que emite en el marco de sus potestades y competencias. En este sentido hemos establecido, ‘el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce ... en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y eficacia’.*

---

<sup>272</sup> STC N° 09518-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico 3. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/09518-2005-HC.html>

*El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del Derecho Procesal Constitucional). No se trata desde luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún monto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al cómo se ha de actuar sino también a qué contenidos son admitidos como válidos. Tal como refiere Bernal Pulido, el Estado Constitucional bien puede ser definido en su dimensión objetiva como un “conjunto de procesos debidos” que vinculan la actuación de los poderes públicos a los principios, valores y reglas del Estado Constitucional.*

*De este modo, también a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales”<sup>273</sup>.*

Respecto a esta dimensión del debido proceso, el profesor Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN –a caso el que mejor ha estudiado el debido proceso a lo que él lo identifica como *proceso justo*- concluye que: “[c]onsideramos que la exigencia de que las decisiones que se emitan en un proceso o procedimiento sean objetiva y materialmente injustas tiene dos consecuencias que se encuentran entrelazadas entre sí: en primer lugar, la prohibición de que tales decisiones sean

---

<sup>273</sup> STC N° 01209-2006-PA/TC, Fundamentos Jurídicos 28 a 31. Ver sentencia en:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.html>>

absurdas y arbitrarias (aspecto objetivo); y, en segundo lugar, la exigencia de que su contenido sea justo (aspecto material de la decisión). Con esto no queremos decir que una decisión puede ser formalmente justa aunque materialmente no lo sea, pues lo injusto es injusto sin importar que la injusticia de la decisión recaiga en sus aspectos formales o materiales, sino que no basta con que respondan a un razonamiento correcto están libres de ser una simple consecuencia de la mera voluntad del juzgador, pues su contenido debe ser también justo”<sup>274</sup>.

Sobre el desarrollo jurisprudencial de algunos de los derechos fundamentales más importantes que contiene el debido proceso, el Tribunal Constitucional ha establecido:

- a) Sobre el derecho de defensa.- “[...] *el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés*”<sup>275</sup>.

Como afirma Alex CAROCCA PÉREZ: “[l]a indefensión, como ‘efecto de la violación del derecho de defensa procesal, es el resultado producido por la indebida restricción o impedimento a las partes de participar efectivamente y en pie de igualdad, en cualquier juicio en que se ventilen cuestionen que les afecten’. Es decir, se producirá cada vez que se impida a los litigantes en el curso de un proceso ya iniciado, disponer de efectivas

<sup>274</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Ara Editores, Lima, 2001, pág. 304.

<sup>275</sup> STC N° 5085-2006-AA/TC, fundamento Jurídico 5. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2007/05085-2006-AA.html>

posibilidades de realizar los actos de postulación, persuasión y prueba, en pie de igualdad, destinados a formar el convencimiento del juzgador”<sup>276</sup>.

- b) Sobre el derecho a la prueba.- *“Este Tribunal Constitucional ha señalado (vid. STC 010-2002-A/TC, JF 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la concreción de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos.*

*El derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.*

*Atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y el derecho a la prueba en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia (...)”<sup>277</sup>. (...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el*

<sup>276</sup> CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, pág. 360.

<sup>277</sup> STC N° 1014-2007-PHC/TC, Fundamento Jurídico 10-11. Ver la sentencia en:

*derecho de ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado”<sup>278</sup>.*

- c) Sobre el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.- *“Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que los procesos judiciales sea motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez (...) corresponde resolver”<sup>279</sup>.*

*El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que*

---

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html>>

<sup>278</sup> STC N° 6712-2005/PHC/TC, Fundamento Jurídico 15. Ver la sentencia en:

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>>

<sup>279</sup> STC N° 4989-2006-PHC/TC, Fundamento Jurídico 11. Ver la sentencia en:

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04989-2006-HC.html>>

las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriva del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales<sup>280</sup>.

“La motivación de una resolución “significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la ratio decidendi por la que se llega a tal o cual conclusión. Pero una resolución (...) en que no se precian los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva. La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no se aparente o defectuoso, sino que se exponga de manera clara, lógica y jurídica de los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva”<sup>281</sup>.

Sin embargo, debe tenerse en consideración que el derecho a la motivación “no se agota en la mera enumeración de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma en que estos han sido introducidos en el proceso, a efectos de crear convicción en determinado sentido en el juzgador. De este modo, el

<sup>280</sup> STC N° 0728-2008-PHC/TC, Fundamento Jurídico 7. Ver la sentencia en:

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>>

<sup>281</sup> STC N° 6712-2005/HC/TC, 17/10/2005, Fundamento Jurídico 10. Ver la sentencia en:

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>>



*contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho no garantiza, (...) que la valoración de los medios de prueba realizados por el juez coincida con el realizado por (una de) las partes, pues tal valoración está también presidida por la regla de la imparcialidad judicial<sup>282</sup>.*

*El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión<sup>283</sup>.*

Sobre la vulneración del derecho a la prueba, debe precisarse que: (...) no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En el Exp. N° 3943-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

<sup>282</sup> STC N° 4226-2004-AA/TC, 18/02/2005, Fundamento Jurídico 2. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04226-2004-AA.html>

<sup>283</sup> STC N° 4348-2005-PA/TC, 21/07/2005, Fundamento Jurídico 2. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04348-2005-AA.html>

- *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

- *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

- *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones.

- *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

- *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, *incisos* 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

- *Motivaciones cualificadas.*- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal<sup>284</sup>.

- d) Sobre el derecho a la pluralidad de instancias.- El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso (...) (STC 1243-2008-PHC, F.J. 2; 5019-2009-PHC, F.J. 2; 2596-2010-PA, F.J. 4).

Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (Cfr. RRTC 3261-2005-PA, F.J. 3; 5108-2008-PA, F.J. 5; 5415-2008-PA, F.J. 6; y STC 0607-2009-PA, F.J. 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139°, inciso 14, de la Constitución.

<sup>284</sup> STC N° 0728-2008-PHC/TC, Fundamento Jurídico 7. Ver sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>

Ahora bien, inmediatamente este Tribunal ha advertido que el derecho *sub exámine*, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es uno de configuración legal: “... el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior” (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F.J. 4; 10490-2006-PA, F.J. 11; 6476-2008-PA, F.J. 7).

Que el derecho a los medios impugnatorios sea un derecho fundamental de configuración legal, implica que “corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir” (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F.J. 5; 0962-2007-PA, F.J. 4; 1243-2008-PCH, F.J. 3; 5019-2009-PHC, F.J. 3; 6036-2009-PA, F.J. 2; 2596-2010-PA, F.J. 5).

El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y, a su vez –en tanto derecho fundamental de configuración legal-, un contenido delimitable por el legislador democrático, genera, entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que el referido derecho “no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso” (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F.J. 3; 5019-2009-PHC, F.J. 3; 2596-2010-PA, F.J. 5). Y es que, si así fuese, no solo resultaría que el legislador carecería de margen de acción en la delimitación del derecho (lo que, en ese caso, sería contrario al principio democrático –artículo 43° y 93° de la Constitución-), sino que, además, incluso en aquellos ámbitos ajenos al contenido esencial del derecho, éste resultaría oponible, exista o no previsión legal del recurso impugnatorio, lo cual resultaría violatorio del derecho fundamental en virtud del cual “[n]inguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a

procedimientos distinto de los procedimientos establecidos” (artículo 139°, inciso 3, de la Constitución)<sup>285</sup>.



<sup>285</sup> STC N° 4235-2010-PHC/TC, Fundamentos Jurídicos 8-25. Ver la sentencia en:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/04235-2010-HC.html>>

### CAPÍTULO III

#### JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE:

#### LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE

##### 3.1. JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE: INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE

La autonomía de la que goza el arbitraje y el respeto de la misma que la jurisdicción debe tenerla conforme constituye mandato constitucional (artículos 62 y 139 inciso 1 de la Constitución) y que rotundamente es desarrollada por la Ley de Arbitraje (artículos 3 y 41), no significa que entre ambos mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos no exista relación ni comunicación alguna, ni menos aún que el Estado (a través de la jurisdicción) se desatienda totalmente del arbitraje. En otras palabras, como caracteriza a todo derecho constitucional (el arbitraje lo es): ninguno derecho constitucional es absoluto, tiene limitaciones delimitadas en la Constitución y en la ley, este último siempre que sea conforme a la primera.

Jurisdicción y arbitraje, por tanto, no constituyen mecanismos de resolución de conflictos que transiten en vías paralelas e independientes hacia la común meta que ambos tienen que es la realización de la justicia. El sendero hacia la justicia para ambos mecanismos heterocompositivos, se encuentra premunido por una gama de derechos, principios y valores consagrados en la Constitución que garantizan la existencia de un proceso debido (justo y equitativo) como el único instrumento racional y razonable para el arribo hacia la justicia (sea pública o privada) en un Estado democrático y social de Derecho.

El camino hacia la justicia para toda forma de solución de conflictos en la sociedad (sea forma pública o privada) es una sola: aquella diseñada por el Poder Constituyente en la Constitución y plasmado concretamente en los derechos, principios y valores consagrados en ella y en las normas internacionales de protección de los derechos humanos a las que se adscribe el Estado peruano.

A este respecto, debe quedar claro que la relación jurisdicción – arbitraje como mecanismos optativos de impartición de justicia, cuando se tratan de derechos disponibles, queda regido por el principio de autonomía del arbitraje y el principio de no injerencia de la jurisdicción sobre el arbitraje en el ámbito de dicha autonomía frente al principio de unidad de la jurisdicción y la delimitación y características del poder de control de la jurisdicción sobre el arbitraje. De este modo será necesario delimitar correctamente tal relación jurisdicción - arbitraje dentro de los principios antes referidos.

En este sentido y en principio, debe quedar claro que el acceso a la justicia arbitral opera únicamente respecto de derechos disponibles. A nuestro entender aquí está el núcleo de todo el problema. La disponibilidad que tienen los titulares de los derechos en conflicto (o de las situaciones jurídicas en conflicto) permite que éstos puedan en ejercicio del derecho fundamental a la libertad de contratar y la libertad contractual (expresiones jurídicas de la autonomía de la voluntad) optar por la vía alternativa de la justicia arbitral en lugar de la justicia pública o estatal. El carácter



disponible del conflicto constituye el presupuesto básico para la excepción de la exclusividad y monopolio de la justicia estatal. La exclusividad de la jurisdicción puede ser excluida por opción o voluntad de los contendientes (o futuros contendientes) sólo cuando el conflicto de intereses tenga por objeto la dilucidación de derechos disponibles.

El ejercicio de esta opción importa –y eso que quede totalmente claro- la exclusión de toda posibilidad de que el Estado (a través de los órganos jurisdiccionales) pueda ejercer algún tipo de injerencia sobre la potestad (otorgado por las partes al tribunal arbitral en relación a sus derechos disponibles) que el tribunal arbitral tiene para la solución de la causa en su cuestión de fondo.

De este modo, si las partes en ejercicio de dichas libertades han optado por la justicia arbitral, significa ello que es el tribunal arbitral quien exclusivamente tiene la potestad de resolver sobre el fondo el asunto sometido a arbitraje. Eso debe quedar claro. Toda intervención de la jurisdicción sobre este extremo del arbitraje está totalmente prohibida, deviene en inconstitucional.

Como bien señala José GARBERÍ LLOBREGAT: “(...) [e]n modo alguno se inmiscuyen [la jurisdicción] en lo que constituye la esencia misma del arbitraje, esto es, el erigirse en un método de resolución de conflictos que se presenta como alternativa al proceso jurisdiccional en un número de supuestos litigiosos, en el que los árbitros (como los Jueces y Magistrados en el proceso) juzgan definitiva e irrevocablemente los conflictos que les sean sometidos por las partes. Dicho de otro modo, en ninguna de las apuntadas intervenciones jurisdiccionales que se proyectan sobre el procedimiento arbitral los Jueces y Magistrados sustituyen a los árbitros en los cometidos que le son propios (ni siquiera cuando los primeros han de proceder a la ejecución forzosa del laudo, toda vez que la ejecución de lo juzgado por los segundos no es una potestad que el ordenamiento confiera a los árbitros)”<sup>286</sup>.

---

<sup>286</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre de Arbitraje*. Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2004, pág. 950.

Sin embargo, debe también quedar claro que el hecho los órganos jurisdiccionales no tengan potestad para intervenir en la resolución del conflicto del arbitraje, no significa ello que no exista ningún tipo de fiscalización de parte de la Jurisdicción sobre el arbitraje ¿Cómo quedan entonces los principios de exclusividad y unidad de la función jurisdiccional? ¿Existe una unidad de la justicia dentro del Estado, la Constitución y la sociedad? ¿Cómo opera entonces el control jurisdiccional sobre el arbitraje?

En principio, cuando el artículo 139 de la Constitución establece como principio la *exclusividad de la función jurisdiccional* (que constituye en puridad un principio exclusivo de la función jurisdiccional) ciertamente significa ello que “*no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente*” ni paralelo de la que ejercen y les corresponden a los órganos jurisdiccionales establecidos por la Constitución. Los órganos jurisdiccionales son los que representan al pueblo en la potestad de impartición de justicia a través de sus órganos competentes, ninguna otra persona o institución puede atribuirse dicha potestad pública de impartir justicia. Hacerlo constituye delito<sup>287</sup>. Dicha potestad exclusiva y excluyente es ejercitada a través de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial (quienes ejercen justicia ordinaria) y también a través de órganos jurisdiccionales especiales como el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la Justicia Militar.

Ahora bien, el *principio de unidad de función jurisdiccional* (que también constituye un principio propio de la función jurisdiccional) y que en puridad importa la unidad de “jurisdicciones”, refiriéndonos con ello y en esencia a la unificación de criterios de justicia entre los propios órganos jurisdiccionales ordinarios (Poder Judicial) y los órganos jurisdiccionales especiales (Tribunal Constitucional, Jurado

---

<sup>287</sup> CÓDIGO PENAL:

“Artículo 417º.- El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas”.

Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Justicia Militar y las Comunidades Campesinas y Nativas).

Dentro del mecanismo de la justicia pública, de la brindada por el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, el principio de unidad de jurisdicción importa la unidad de la justicia pública; es decir, la unidad de los criterios que los diversos órganos jurisdiccionales puedan tener en el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir en la solución de la *litis*, en la aplicación e interpretación del derecho.

La unidad de la función jurisdiccional o unidad de la justicia pública es justificada por el hecho de que existen diversos órganos con funciones jurisdiccionales y que estos gocen de autonomía funcional, por lo que este principio constitucional garantiza la dación de una respuesta única y congruente de justicia que el ciudadano espera del Estado. Si por el principio de exclusividad de la función jurisdiccional el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales se atribuye la potestad exclusiva y excluyente de resolver las *litis* y el deber de los ciudadanos de recurrir frente a ello al Estado y no a otros mecanismos; pues bien, el principio de unidad de la función jurisdiccional importa el ejercicio responsable del Estado en el cumplimiento de dicha función monopólica de justicia unificando criterios en la respuesta de justicia que los ciudadanos esperan. En otras palabras, el principio de unidad de la función jurisdiccional garantiza un nivel de concordancia y corrección funcional que debe existir en el ejercicio de la función jurisdiccional a cargo de los órganos que imparte justicia a nombre del Estado y la Nación.

Así, tal corrección funcional se da en la justicia ordinaria con la institución de los medios impugnatorios (apelación, reposición) y particularmente con el recurso de casación (siendo precisamente uno de los objetivos la unificación de los criterios jurisprudenciales según el artículo 384 del Código Procesal Civil). También, con la intervención que el Tribunal Constitucional efectúa como última instancia en materia de tutela de derechos fundamentales y control de constitucionalidad sobre las funciones que respecto a ello ejerzan las demás instituciones (no jurisdiccionales) del

Estado y hasta del propio Poder Judicial y demás órganos jurisdiccionales (control sobre las resoluciones jurisdiccionales). Asimismo, el Poder Judicial ejerce control sobre la Justicia Militar a través de la Casación en caso de imposición de pena muerte (artículos 141° y 173° de la Constitución)<sup>288</sup>. Las decisiones jurisdiccionales del Jurado Nacional de Elecciones también son posibles de ser revisadas por el Tribunal Constitucional cuando afecten del debido proceso y bajo determinados criterios establecidos por el supremo intérprete de la Constitución.

En este mismo criterio, el Tribunal Constitucional ha sentado que: *“Es necesario precisar que conforme al artículo 139°, inciso 1, de la Constitución el principio de la unidad de la función jurisdiccional implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas garantías procesales establecidas por la Constitución”*<sup>289</sup>.

En suma, el principio de unidad de la función jurisdiccional, garantiza no solo la unidad de las jurisdicciones, sino sobre todo la unidad de la justicia pública. Por ello, a la justicia pública le es aplicable aquel dicho popular que suele oírse en los estrados judiciales de que *la justicia tarda pero llega*. La unidad de la función

---

<sup>288</sup> “Artículo 141.- Casación.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173”.

<sup>289</sup> STC N° 0004-2006-PI/TC, 29/03/2006, Fundamento Jurídico 8 y 10. Ver sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>



jurisdiccional a través del sistema recursivo y la jeraquización de los órganos jurisdiccionales garantizan que tarde o temprano la justicia llegue.

Ahora bien, los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional no resultan en absoluto aplicables a la justicia arbitral. Frente a estos principios, la justicia arbitral constituye una excepción reconocida constitucionalmente. Así, lo establece la Constitución al establecer en el artículo 139 que: *No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.*

Ello, sin embargo –contrariamente a lo señalado por el Tribunal Constitucional- no significa que la potestad de resolver el conflicto de intereses de los árbitros provenga de tal reconocimiento constitucional<sup>290</sup>, sino –tal como lo hemos manifestado al tratar acerca de los fundamentos *ius*-filosóficos del arbitraje- la

<sup>290</sup> El Tribunal Constitucional asumiendo la teoría jurisdiccionalista del arbitraje, ha establecido sorprendentemente de modo enfático que: *“La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución (...). Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida 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”.* (STC N° 6167-2005-PHC/TC (Fundamento 11 y 12), Caso Cantuarias Salaverry.

Ver la sentencia en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>>

justicia arbitral tiene su causa-fuente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y de los derechos fundamentales de la libertad contractual y la libertad de contratación (plasmados en los artículos 2 inciso 2 y 14 y 62 de la Constitución).

Cuando la Constitución la reconoce la excepcionalidad del arbitraje como “jurisdicción” (Art. 139 inciso 1), importa fundamentalmente un reconocimiento de la autonomía del arbitraje como mecanismo de impartición de justicia alternativa y opcional a la justicia pública. Esta autonomía de la función arbitral importa en esencia la exclusión de toda posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan resolver el asunto litigioso sometido por las partes al arbitraje en ejercicio de su derecho fundamental de la autonomía de la voluntad y las libertades de contratación y contractual. Si las partes han sometido la *litis* disponible a arbitraje, sólo el árbitro o el tribunal arbitral es la legítimamente facultada para resolver la misma. Está prohibida cualquier injerencia de los órganos jurisdiccionales al respecto. La autonomía del arbitraje, entendida en este sentido, es infranqueable.

Ahora bien, decíamos que dentro de la justicia pública la unidad de los criterios de justicia se encuentra garantizada con el principio de unidad de la función jurisdiccional; y, que tal principio constituye esencialmente una unidad de los órganos jurisdiccionales (ordinarios y especiales) garantizados por organización jerárquica de los órganos jurisdiccionales y también por el sistema recursivo en el proceso jurisdiccional, particularmente por la Corte Suprema y el Recurso de Casación en la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional y el Recurso de Agravio Constitucional respecto al control constitucional de las resoluciones jurisdiccionales. Decíamos que todo este mecanismo permite afirmar que *a través del Estado la justicia tarda pero queda garantizada su llegada*.

Pues bien, esta unidad de la justicia no existe en el arbitraje. No existe en la justicia arbitral un sistema organizativo de los órganos arbitrales ni de las instituciones arbitrales. Todo árbitro y tribunal arbitral goza de total autonomía e independencia en el ejercicio de la función arbitral, tanto en su instalación, en la

determinación de su competencia (en caso de cuestionamiento), en el desarrollo y dirección del procedimiento, en la solución de la *litis* a través del laudo arbitral y en la ejecución del laudo, de ser el caso.

La autonomía del arbitraje es una cuestión que no puede discutirse. Es condición necesaria e imprescindible para la existencia y operatividad de la justicia arbitral. Como afirman Fernando CANTUARIAS SALAVERRY y Roque J. CAIVANO: “Esta autonomía se justifica, en primer lugar; por su génesis. El arbitraje es, naturalmente, un producto de la libertad contractual: las partes, en el ámbito de sus derechos disponibles, estipulan que las controversias que a ellos se refieran serán resueltas por árbitros, desplazando de ese modo la intervención del Poder Judicial. Así, quienes se someten a arbitraje expresamente inequívocamente su anhelo de no ser juzgados por los tribunales estatales. Pero, adicionalmente, la necesidad de autonomía se apoya en razones funcionales: la excesiva interferencia socava la eficacia del arbitraje”<sup>291</sup>.

Este trascendental principio se encuentra plasmado en forma clara y contundente en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje en los siguientes términos:

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

- 1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.*
- 2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.*
- 3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.*

---

<sup>291</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, Edit. Magna, Lima, 2008, pág. 46.

*4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.*

Los antes citados autores, comentando esta disposición legal, afirman que: “[E]l contundente artículo 3 postula la autonomía del arbitraje en términos inequívocos al establecerla no sólo como un principio, sino como un derecho de la función arbitral. Allí se señala que en los asuntos que se rijan por ella “no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga (numeral 1), así como que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones (numeral 2) y plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo (numeral 3). Reforzando estos principios, el mismo artículo concluye asegurando que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo y que cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad”<sup>292</sup>.

Asimismo, desde otra perspectiva, el Tribunal consideró: “este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de

---

<sup>292</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, Edit. Magna, Lima, 2008, pág. 46



*carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria”<sup>293</sup>.*

Asimismo, la autonomía del arbitraje conlleva a su vez la independencia del árbitro (o tribunal arbitral). El artículo 3 de la Ley de Arbitraje lo asume como una garantía de la justicia arbitral al disponer que: “2. *El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones (...)* 4. *Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad”.*

La autonomía de la justicia arbitral, la independencia del árbitro y el respeto de dichas garantías por parte de los órganos jurisdiccionales a través de la no injerencia en la función arbitral, importa comprobar que no existe en el arbitraje un mecanismo que unifique los criterios de justicia a las que arriba el árbitro o tribunal arbitral en la solución de la *litis* disponible. La solución de la *litis* disponible ya sea a través del derecho (arbitraje de derecho o *de iure*) o a través de su leal saber (arbitraje de conciencia o de equidad) es potestad exclusiva y excluyente de los árbitros derivados de la autonomía de la voluntad de las partes; ergo, en el cumplimiento de dicha función pueden existir diversidad de criterios tanto en la aplicación e interpretación del derecho y también -ni que decir- en los criterios de justicia derivados del “leal” saber de los árbitros. Al no existir una organización jerárquica de los árbitros ni un sistema recursivo capaz de revisar el fondo del asunto litigioso materia de arbitraje<sup>294</sup>, la decisión sobre tal fondo, del criterio de aplicación e interpretación del derecho es siempre potestad exclusiva del árbitro o tribunal arbitral.

<sup>293</sup> STC N° 6167-2005-PHC/TC (Fundamento 14), Caso Cantuarias Salaverry. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

<sup>294</sup> Cosa que, sin embargo, nosotros no la cuestionamos, pues la autonomía del arbitraje importa el respeto de la decisión final del árbitro en el laudo arbitral, la cual debe ser expedida en instancia

A este respecto el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que: *“La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje”*<sup>295</sup>.

Y, como afirman al respecto Lourdes FLORES NANO y Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ: *“Eso implica que los órganos judiciales solo deben advertir el vicio; su corrección corresponderá a los órganos arbitrales. Con ello, se ratifica la exclusiva competencia de estos últimos para resolver las controversias y llevar adelante los procesos arbitrales (...)”*<sup>296</sup>.

Como se podrá apreciar, esta ausencia de “unidad de la justicia arbitral” conlleva a la posibilidad de encontrar diversas respuestas de parte de los árbitros frente a *litis* de similar naturaleza. No hay unificación de criterios arbitrales en la solución de las *litis* sometidas a arbitraje. El Estado, -salvo que se trate de precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional- no puede imponer criterios jurisdiccionales de interpretación y aplicación de derechos.

Esta falta de unidad de criterios en la justicia arbitral constituye –más que una deficiencia o desventaja- una particularidad del arbitraje. Más, el arbitraje lo que proporciona son ventajas y bondades básicamente consistentes en la celeridad en la impartición de justicia. Corresponde básicamente a las partes la designación del

---

única y definitiva, tal como lo establece el artículo 59° de la Ley de Arbitraje, la cual dispone que: *Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada (...).*

<sup>295</sup> STC N° 0142-2011-PA/TC, Fundamento 21 *in fine*.

Ver la sentencia en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>

<sup>296</sup> FLORES NANO, Lourdes y VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo en: *“El amparo de terceros contra el arbitraje. Corrección de algunos males usos del arbitraje”*. Gaceta Constitucional, Tomo 71, Noviembre 2013, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pág. 253.

árbitro o la composición del tribunal arbitral en base a profesionales o personas con condiciones especiales (leal saber, conocimientos técnicos, honestidad, etc.) que la *litis* amerite para una solución justa y debida. Y, si el árbitro –respetando los derechos y principios mínimos de toda forma de impartición de justicia, así como el convenio arbitral y las leyes imperativas de orden público- resuelve la *litis* contrario a la justicia pública, no puede ser válidamente impugnado el laudo arbitral frente a ello. Frente al dicho popular de que *la justicia (pública) tarda pero llega*, se podría decir que el arbitraje opone y ofrece este otro dicho de que *la justicia que tarda no es justicia*, pero la justicia que brinda el arbitraje no se encuentra garantizada con la existencia de un sistema recursivo en el procedimiento arbitral y menos con una organización jerárquica de árbitros. En puridad, la efectividad de la tutela arbitral se encuentra garantizada con el propio ejercicio de la autonomía de la voluntad y las libertades de contratar y contractual de las partes contendientes en la designación del árbitro, la composición del tribunal arbitral y en la selección del mecanismo arbitral, sea institucional o *ad-hoc*.

En lo demás, si después de todo ello, el mecanismo de la justicia arbitral falla, constituye ya deficiencias de la propia justicia arbitral que el Estado las tolera (o no interviene) por cuanto las materias sobre las que resuelve este mecanismo de justicia privada están referidas a derechos disponibles. Así como las partes son libres de disponer de sus derechos que tengan tal naturaleza (en virtud a ello sus titulares pueden transferir, donar, transigir, etc.), también –se entiende- que pueden válida y legítimamente someter la determinación y declaración de sus derechos a un árbitro (o tribunal arbitral) y admitir lo que éstos decidan para bien o para mal en relación a sus intereses; y el Estado no puede intervenir sobre tal disposición de derechos e intereses propios de las partes. Pretender que el Estado se inmiscuya en esta potestad otorgada por las partes y pretenda “enmendar” error de interpretación o aplicación del derecho por los árbitros, importaría violar el derecho a la libertad contractual y de contratación de las personas, base fundamental en un Estado Democrático y Social de Derecho.

Ahora bien, debe también precisarse que, sin embargo, frente a la autonomía de la función arbitral y más aún frente a la ausencia de la unidad de la justicia arbitral, el Estado (en lo relativo a la impartición de justicia) no se muestra incólume, sino que establece una intervención fiscalizadora o contralora sobre el arbitraje, si bien respetando la facultad-potestad exclusiva y excluyente que el tribunal arbitral tiene para resolver el asunto de fondo de la cuestión litigiosa, pero sí estableciendo en la ley causales de intervención, las mismas que pasan sobre todo por el respeto del propio convenio arbitral, los elementos esenciales del arbitraje (materia arbitrable, derechos disponibles, plazo para arbitrar, respeto del procedimiento arbitral), así como en el respeto de las garantías procesales mínimas establecidas en la Constitución (como Norma Fundamental de la sociedad que es) y que permitan arribar a la justicia (aún sea privada) mediante un proceso o procedimiento justo y equitativo (debido proceso o tutela procesal justa y debida), estando constituido tales garantías por un conjunto de principios y derechos como el de defensa, derecho de prueba, derecho a la motivación de las decisiones arbitrales, derecho de efectividad de las resoluciones, etc.

El artículo 139 numeral 3 de la Constitución consagra que:

*"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan (...) 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...) (Entre otros derechos).*

Así, el artículo 139 de nuestra Carta Magna consagra una gama de derechos y principios de la función jurisdiccional, como líneas o postulados directrices que deben guiar la función estatal en la impartición de justicia, los cuales básicamente se agrupan en dos grandes derechos: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso. Cuyas conjunciones conducen a la obtención de un *proceso justo y debido*, presupuesto básico que el Estado Constitucional de Derecho nos brinda para el logro de una sociedad justa conducente al bienestar general.

El Tribunal Constitucional en pronunciamiento sin precedente en el Derecho Procesal Constitucional, las ha denominado a dichas garantías procesales mínimas como derecho a la tutela procesal efectiva, estableciendo que:

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

*La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial (...).”<sup>297</sup>.*

---

<sup>297</sup> STC N° 6712-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico 13. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>

*“(…) Es pertinente recordar que, según doctrina de nuestro ordenamiento constitucional la tutela jurisdiccional es un derecho ‘continente’ que engloba, a su vez, dos derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste (...) comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...)”<sup>298</sup>.*

Tal como observa el ex magistrado del Tribunal Constitucional Gerardo ETO CRUZ: “Igualmente el Tribunal Constitucional aparte de la conceptualización arriba anotada de la llamada *tutela procesal efectiva*, ha diseñado intermitentes reflexiones jurisdiccionales de uno de los núcleos duros y rectores que conforman los derechos fundamentales de las partes en conflicto: el debido proceso. Así ha sostenido este Colegiado que:

*“[...] el derecho al debido proceso [...] significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos fundamentales.*

*El derecho fundamental al debido proceso, tal como ha sido señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es un derecho –por así decirlo– continente puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que (...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se*

---

<sup>298</sup> STC N° 3938-2007-PA/TC, Fundamento 1. Ver sentencia:  
<<http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2008/03938-2007-AA.html>>

*realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos (STC 07289-2005-AA/TC, Fj5).*

*Al respecto, es importante precisar que, sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustancial, de modo tal que el juez constitucional está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que este Colegiado haya señalado, en anteriores pronunciamientos, que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva ‘se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer’ (STC 9727-2005-HC/TC, FJ7)<sup>299</sup>.*

*“[...] [E]l debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo (...) o jurisdiccional, debe respetarse el debido proceso legal”<sup>300</sup>.*

*“El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que está previsto en la Constitución Política de 1993 (artículo 139, inciso3) (...) Una interpretación literal de esta disposición constitucional podría llevar a afirmar que el debido proceso se circunscribe estrictamente a los procesos de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, una interpretación en ese sentido no es correcta. El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que ha de ser observado en todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese*

<sup>299</sup> STC N° 09518-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico 2. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09518-2005-HC.html>

<sup>300</sup> STC N° 0090-2004-PA/TC, Fundamento Jurídico 24. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

*su naturaleza. Ello es así en la medida en que el principio de interdicción de la arbitrariedad es un principio inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora*

*De ahí que sea una verdad de Perogrullo decir el debido proceso se aplica también a las relaciones inter privato, pues, que las asociaciones sean personas jurídicas de Derecho privado, no quiere decir que no estén sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales; por el contrario, como cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlas, más aún cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora.*

*En tal sentido, las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto del derecho fundamental al debido proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que hubiesen establecido, a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen (Exp. N° 1461-2004-AA/TC)”<sup>301</sup>.*

*“Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, que el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la óptica estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso*

---

<sup>301</sup> STC N° 4241-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 6. Ver la sentencia en:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04241-2004-AA.html>>



*jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (un juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas”<sup>302</sup>.*

Sobre las dimensiones del debido proceso: debido proceso formal y debido proceso sustantivo, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

*“Una de las problemáticas que se suscitan en los terrenos de la teoría general de los derechos fundamentales en las dimensiones que comprende el debido proceso; situación ésta en la que el Tribunal Constitucional ha asumido en parte el pensamiento continental europeo sobre esta temática; aún cuando reconoce que este desarrollo es atributo prima facie del desarrollo anglosajón en su versión de due process of law. Así:*

*El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; por la primera, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez*

---

<sup>302</sup> STC N° 10034-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico 8. Ver la sentencia en:  
<<http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2007/10034-2005-AA.html>>

*natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; por la segunda, se relaciona con los estándares de justicia, como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”<sup>303</sup>.*

*“[...]La dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes. Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que este extremo suscribimos, ‘el derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las actuaciones procesales sino de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellos’.*

*Por nuestra parte, hemos expresado que a partir del debido proceso también es posible un control que no es sólo procesal o formal, sino también material o sustancial, respecto de la actuación jurisdiccional vinculado esta vez con la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones que emite en el marco de sus potestades y competencias. En este sentido hemos establecido, ‘el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce ... en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y eficacia’.*

---

<sup>303</sup> STC N° 09518-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico 3. Ver la sentencia en:  
<<http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/09518-2005-HC.html>>

*El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del Derecho Procesal Constitucional). No se trata desde luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún monto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al cómo se ha de actuar sino también a qué contenidos son admitidos como válidos. Tal como refiere Bernal Pulido, el Estado Constitucional bien puede ser definido en su dimensión objetiva como un “conjunto de procesos debidos” que vinculan la actuación de los poderes públicos a los principios, valores y reglas del Estado Constitucional.*

*De este modo, también a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales”<sup>304</sup>.*

Respecto a esta dimensión del debido proceso, el profesor Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN –a caso el que mejor ha estudiado el debido proceso a lo que él lo identifica como *proceso justo*- concluye que: “[c]onsideramos que la exigencia de que las decisiones que se emitan en un proceso o procedimiento sean objetiva y materialmente injustas tiene dos consecuencias que se encuentran entrelazadas entre sí: en primer lugar, la prohibición de que tales decisiones sean absurdas y arbitrarias (aspecto objetivo); y, en segundo lugar, la exigencia de que su

<sup>304</sup> STC N° 01209-2006-PA/TC, Fundamentos Jurídicos 28 a 31. Ver sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.html>

contenido sea justo (aspecto material de la decisión). Con esto no queremos decir que una decisión puede ser formalmente justa aunque materialmente no lo sea, pues lo injusto es injusto sin importar que la injusticia de la decisión recaiga en sus aspectos formales o materiales, sino que no basta con que respondan a un razonamiento correcto están libres de ser una simple consecuencia de la mera voluntad del juzgador, pues su contenido debe ser también justo”<sup>305</sup>.

En suma, si bien en virtud del principio de autonomía de la justicia arbitral, derivado de la autonomía de la voluntad en la disposición de los derechos de las partes respecto a situaciones jurídicas que tengan naturaleza disponible, está prohibida toda injerencia de parte de los órganos jurisdiccionales en la función de los árbitros en la solución de la *litis*, lo cual es potestad exclusiva y excluyente de los árbitros; sin embargo, tal autonomía del arbitraje no excluye a su vez la potestad del Estado a través de los órganos jurisdiccionales de intervenir en el arbitraje en garantía de los derechos y principios procesales mínimos (derecho de defensa, derecho de prueba, derecho a la tutela procesal efectiva, derecho a la motivación de las resoluciones, etc.) establecidos en la Constitución y que permiten a la persona humana (en tanto ser con dignidad y en tanto su defensa y su respeto son el fin de la sociedad y del Estado), arribar a un proceso justo y equitativo (debido proceso) como el único sendero que conduzca a la obtención de justicia a través del arbitraje. Se podría decir que, en relación a la justicia arbitral, el Estado si bien no garantiza la impartición de justicia por parte del árbitro o el tribunal arbitral, pero lo que sí garantiza es el respeto que los árbitros deben tener de las mínimas garantías en el procedimiento arbitral (debido proceso arbitral) como único medio racional para arribar (también) a la justicia –así sea privada pero al fin y al cabo justicia- a que tienen toda persona que opta por este mecanismo alternativo de impartición de justicia.

---

<sup>305</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Ara Editores, Lima, 2001, pág. 304.

### 3.2. FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE

Ya expuesta en forma adelantada de la necesidad de la intervención de la jurisdicción sobre el arbitraje, sin embargo en general, podemos afirmar que la intervención del Estado en el arbitraje a través de la función jurisdiccional y los órganos jurisdiccionales competentes se da básicamente bajo tres formas; a saber:

- Intervención subsidiaria o de colaboración, cooperación o auxilio para con el arbitraje.
- Intervención complementaria en *pro* de la función arbitral
- Intervención contralora sobre el arbitraje.

Debe quedar claro que, precisamente por el principio de autonomía del arbitraje y de la no injerencia del poder jurisdiccional sobre el arbitraje sino en los casos expresamente previstos en la Constitución y las leyes de desarrollo, éstas son las formas de intervención únicas y necesarias de la Jurisdicción sobre el Arbitraje. No existen otras formas de intervención. Cualquier otra modalidad es inconstitucional por afectar a los aludidos principios tuitivos del arbitraje. Pero, incluso tales formas de intervención de la jurisdicción sobre el arbitraje se dan bajo determinados parámetros y límites, como veremos un poco más adelante.

#### 3.2.1. Intervención colaboradora, subsidiaria o asistencial

Esta forma de intervención de la jurisdicción en el arbitraje se da a través de los órganos jurisdiccionales competentes que forman parte del Poder Judicial (y no de otros órganos especiales, entre ellos el Tribunal Constitucional) y que ejercen la llamada justicia ordinaria. Resulta necesaria la cooperación, colaboración o auxilio

de los órganos jurisdiccionales para con el arbitraje por cuanto los árbitros no pueden realizar por sí mismos determinados actos procesales básicamente por carecer los árbitros de poder de coerción sobre las personas y las instituciones, los cuales son necesarios para que el arbitraje cumpla su finalidad.

Esta forma de intervención en *pro* del arbitraje se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje y se fundamenta en el *principio de colaboración* que debe existir entre los órganos estatales y privados que tiene por propósito común resolver conflictos de intereses, es decir, impartir justicia.

Sobre el referido principio de colaboración, la Ley Orgánica del Poder Judicial de España lo plasma claramente al disponer que: “*Los Juzgados y Tribunales cooperarán y se auxiliarán entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional*” (artículo 273) y “*se recabará la cooperación judicial cuando debiere practicarse una diligencia fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal que la hubiere ordenado o está fuera de la específica competencia de otro Juzgado o Tribunal*” (artículo 274). Disposiciones directrices como estas no existen lamentablemente en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, este principio de cooperación entre los órganos jurisdiccionales puede aplicarse a la forma de intervención que analizamos en virtud de que tanto la doctrina como la jurisprudencia española han reconocido al arbitraje como un “equivalente” jurisdiccional. Así lo ha sostenido concretamente el Tribunal Constitucional español al señalar que: “[e]l árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de “*iuris dictio*”, pues el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de “*auctoritas*”, por imperativo de la ley; y sólo carece del

“*imperium*” necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles” (ATC 326/1993, de 16 de octubre de 1993)<sup>306</sup>.

Sin embargo, en nuestra legislación no existe disposición general de tal naturaleza, más si se previsiones específicas de intervención de la jurisdicción en el arbitraje bajo las formas de colaboración o auxilio en pro del mismo. Así, por ejemplo el artículo 45° de la Ley de Arbitraje dispone:

*Artículo 45.- Colaboración judicial.*

- 1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculta a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.*
- 2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.*
- 3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.*
- 4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.*

A este respecto, los profesores Mario CASTILLO FREYRE, Rita SABROSO MINAYA y otros afirman que: “Lo señalado [en el artículo 45°] resulta muy

---

<sup>306</sup> Sentencia citada por BARONA VILAR, Silvia. *Medidas Cautelares en el Arbitraje*. Thomson – Civitas, Navarra-España, 2006, pág. 47.

importante, en la medida de que el tribunal arbitral no tiene la facultad coercitiva que sí tienen los tribunales ordinarios y tampoco posee la fuerza para obligar a terceros a intervenir. Por ejemplo, si uno desea obtener la declaración de un testigo, el tribunal no tiene poder coercitivo alguno (en los términos del *ius imperium*, que sí poseen los tribunales ordinarios) con respecto a éste (...). Ahora bien, la experiencia vivida enseña que, por lo general, los tribunales arbitrales y las partes tratan de que la intervención de los tribunales judiciales se dé en la menor medida posible, para que no se afecte la celeridad en el desarrollo de los procesos arbitrales y que, de esta manera, los mismos puedan desarrollarse de manera idónea. Es difícil que un tribunal arbitral se arriesgue a someterse a la lentitud de un procedimiento judicial y a la postergación –por tiempo indefinido– de la actuación de un determinado medio probatorio, o a que el proceso esté condicionado estrictamente a la actuación de ese determinado medio probatorio, vía intervención judicial, salvo –naturalmente– que ese medio probatorio sea fundamental para el desarrollo del proceso. Pero en verdad, se trataría de una situación excepcional, dados los argumentos y condiciones que acabamos de explicar”<sup>307</sup>.

Asimismo, la magistrada del Tribunal Constitucional Marianella LEDESMA NARVÁEZ comenta que:

“Esta asistencia podrá consistir en dos alternativas: la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección, como tomar la declaración de testigo anciano u enfermo en un lugar distante de la sede del arbitraje; o la adopción por la autoridad judicial de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral, como en el caso de conducción de grado o fuerza para obtener la declaración de un testigo.

---

<sup>307</sup> CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita, CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALAN, Joel. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Segunda Parte, Thomson Reuters, Lima, 2014, pág. 764-765.



Una de las inquietudes que se percibe desde la sede judicial a este tipo de requerimientos es la viabilidad de su actuación, pues se podría darla posibilidad que se busque la actuación de una prueba manifiestamente contraria al orden público o a las leyes prohibitivas expresas. En este caso, la autoridad judicial devolverá los antecedentes a la entidad requiriente, expresándoles los motivos de la negativa a su actuación, por citar, cuando se pretenda la declaración como testigo de un menor de edad –incapaz absoluto-. Expresamente el inciso 1 del artículo 229 del Código Procesal Civil prohíbe dicha declaración como testigo. En este supuesto, la autoridad judicial no acogerá el pedido del árbitro por existir norma expresa que prohíbe esas declaraciones.

La regla general señala que la autoridad judicial competente se limita a cumplir sin demora con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte; sin embargo, consideramos que esa regla se alteraría cuando el pedido arbitral sea manifiestamente contrario al derecho (...).

Una alternativa bastante interesante que acoge el artículo 45° del D. Leg. 1071 es la co-participación en la actuación de un medio de prueba derivado para tal fin para la actuación judicial: “En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral, podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones teniendo la oportunidad de formular preguntas”. El avance de la tecnología nos permite ello, ya que sin estar presentes físicamente en el mismo escenario que comparte el juez y el testigo, los árbitros pueden participar en dicha actuación, como en el caso de las video conferencias, que permitirían dicha intervención en presencia de la autoridad judicial (...)<sup>308</sup>.

---

<sup>308</sup> LESDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, págs. 112 – 113.

Como ya manifestábamos en las primeras líneas de este punto, debe también tenerse presente que si bien la jurisdicción tiene la facultad-deber de realizar actos de colaboración o auxilio para con el arbitraje, y si bien la función jurisdiccional es cumplida por una serie de órganos jurisdiccionales (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Justicia Militar, Consejo Nacional de la Magistratura), sin embargo en razón de la autonomía del arbitraje que la misma Constitución lo reconoce, los actos de auxilio judicial para con el arbitraje no pueden ser ejercitados por cualquier órganos jurisdiccional, sino exclusivamente por el Poder Judicial, e incluso dentro de éstos, los órganos jurisdiccionales competentes para tal función de cooperación le corresponde a los juzgados comerciales, y de no existir éstos, los juzgados civiles o mixtos, en su defecto. El artículo 8 de la Ley de Arbitraje regula esta situación:

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

*1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable (...)*

### **3.2.2. Intervención complementaria**

La diferencia esencial entre la intervención colaboradora y la intervención complementaria que cumple la jurisdicción para con el arbitraje, radica en que en la primera forma la intervención de la jurisdicción consiste básicamente en la realización de determinados actos procesales meramente de apoyo o auxilio hacia el proceso arbitral ya iniciado o en trámite, básicamente relativo a la actuación probatoria y en la que el órgano jurisdiccional cumple una comisión de realización de acto procesales concretos en base a la solicitud de asistencia judicial efectuado por el

árbitro o tribunal arbitral, y que el órgano judicial requerido debe limitarse a cumplirlas sin demora y bajo responsabilidad, sin entrar incluso a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte, a menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas.

En cambio, en la intervención complementaria, no se trata de la asistencia de los órganos jurisdiccionales con determinados actos procesales, sino de la iniciación de determinados procesos judiciales complementarios y necesarios para que el proceso arbitral pueda eficazmente cumplir con su finalidad. La intervención de colaboración es efectuada a través de la realización de determinados actos procesales; en cambio, en la intervención complementaria el órgano jurisdiccional inicia determinados procesos judiciales.

La intervención complementaria es efectuada normalmente a petición de la parte interesada en el proceso arbitral y en algunas ocasiones incluso a pedido del propio árbitro o tribunal arbitral, más nunca de oficio por el órgano jurisdiccional. Asimismo, los procesos judiciales complementarios para con el arbitraje pueden a su vez ser iniciados y realizados ya aperturado el proceso arbitral, ya posterior a la expedición del laudo arbitral, pero también antes del inicio del proceso arbitral, como veremos más adelante.

Empero, al igual que en la intervención colaboradora, la intervención complementaria de los órganos jurisdiccionales se produce nuevamente debido a la carencia de *coertio* y *executio* por parte de los árbitros y la limitación existencial del propio tribunal arbitral.

En suma, como afirman Mario CASTILLO FREYRE, Rita SABROSO MINAYA y otros “*el arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial, ya que los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública. Es decir, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus*

*decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta. A nuestro entender, el arbitraje debe convivir con la justicia arbitral y para que esa conveniencia sea armónica, habrá de restablecerse una relación cooperación entre ambos sistemas”<sup>309</sup>.*

La profesora Ana María ARRARTE ARISNABARRETA precisa que la intervención complementaria del Poder Judicial para con el arbitraje “*se presenta en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial. Así, es necesario primero que el Tribunal Arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del Órgano Jurisdiccional, evidentemente, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento espontáneo.... Asimismo, operaría para la ejecución de medidas cautelares cuando impliquen el uso de la fuerza como, por ejemplo, llevar a cabo un secuestro, embargo, etcétera. Finalmente, la ejecución del propio laudo arbitral, supuesto en el que se presentan los casos más frecuentes de un uso indebido del procedimiento judicial de ejecución (...). Ahora bien, conviene reiterar que el rol de la intervención judicial en estos casos no es la emisión de una sentencia ni la revisión de la actividad realizada en el proceso arbitral, sino simplemente de brindar un complemento que consiste en proveer a las decisiones arbitrales de la fuerza compulsiva de la que carecen, en tanto ha sido reservada al Estado”<sup>310</sup>.*

Al respecto, la Ley de Arbitraje ha contemplado básicamente cuatro formas de intervención complementaria de la jurisdicción para con el arbitraje: en materias de *tutela cautelar y tutela de urgencia, de ejecución de medida cautelar, de ejecución de laudo arbitral; y, de reconocimiento y ejecución judicial del laudo dictado en el*

<sup>309</sup> CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita, CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALAN, Jhoel. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Primera Parte, Thomson Reuters, Lima, 2014, pág. 177.

<sup>310</sup> ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. “*De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación*”. En: THEMIS - Revista de Derecho, Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, págs. 99-100.

*extranjero*. Una vez más: No hay otras formas de intervención (de modalidad complementaria) de la jurisdicción en el arbitraje.

### 3.2.2.1. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de tutela cautelar y tutela de urgencia

Esta forma de intervención jurisdiccional se encuentra prevista en el artículo 47° de la Ley de Arbitraje, el cual dispone lo siguiente:

*Artículo 47.- Medidas cautelares.*

1. *Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.*
2. *Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:*
  - a. *Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;*
  - b. *Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;*
  - c. *Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o*
  - d. *Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.*

3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.

7. *El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.*

8. *El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.*

9. *En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.*

La forma de intervención jurisdiccional complementaria en materia de providencia cautelar amerita cuanto menos los siguientes comentarios:

1. En principio, conforme sostiene la profesora Marianella LEDESMA NARVÁEZ: “Los árbitros no solo están facultados para dirimir el conflicto sino que además tienen la posibilidad de dictar medida cautelares orientadas a que se mantenga o restablezca el *status quo* mientras se dirime la controversia; se adopte medidas para impedir algún “daño actual o inminente o menoscabo del propio procedimiento arbitral o se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían”; se ofrezca algún medio de preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o se preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser de interés o de importancia para resolver la controversia”<sup>311</sup>.

---

<sup>311</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, pág. 117.

En suma, la potestad que tienen los árbitros dentro del procedimiento arbitral comprende no solo la facultad para dirimir en forma definitiva el conflicto sino también para el dictado de medidas cautelares, preventivas y asegurativas, así como para el dictado de medidas de naturaleza urgente. Estas medidas pueden ser dictadas antes de la constitución del tribunal arbitral<sup>312</sup>. No después<sup>313</sup>.

<sup>312</sup> Respecto de cuándo se entiende constituido el arbitraje, la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

*Artículo 27.- Aceptación de los árbitros.-*

1. *Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.*
2. *Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.*

<sup>313</sup> Aunque cabe agregar que en la práctica arbitral comercial internacional existe la figura del *árbitro de emergencia* el cual es instituido básicamente para el dictado de medidas cautelares u otras medidas de urgencia antes de la instalación del tribunal arbitral. La primera institución en regular la figura del árbitro de emergencia fue la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el año 1990. En España, esta figura ya existe en la Corte Española de Arbitraje cuyo Reglamento observa en el artículo 15.4 la posibilidad de las partes de solicitar un árbitro de urgencia que decidirá sobre medidas urgentes (sujetas a la posterior revisión del Tribunal) hasta el momento en que se forme el Tribunal arbitral que dirimirá el asunto.

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje dispone al respecto lo siguiente:

*Artículo 29.- Arbitro de Emergencia*

1. *La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral ("Medidas de Emergencia"), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Arbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. Tal solicitud será aceptada por la Corte solo si es recibida por la Secretaria antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su Solicitud de Arbitraje.*
2. *La decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia.*
3. *La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la orden. El tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia.*
4. *El tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la orden.*
5. *Los Artículos 29(1) a 29(4) y las Reglas de Arbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V (conjuntamente, las "Disposiciones sobre el Arbitro de Emergencia") se aplicaran solo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias (...).*



2. Nótese que las medidas de urgencia que el árbitro o tribunal arbitral está facultado para dictar no solo son de naturaleza propiamente precautoria (como en la doctrina del derecho procesal se les conoce a estas medidas), sino cualquier tipo de medidas de urgencia (por ejemplo entre ellas las pruebas anticipadas) a fin de asegurar la efectividad del futuro laudo o asegurar la finalidad del arbitraje (la solución del caso). En este sentido, el tribunal arbitral tiene incluso mayor libertad para la expedición de cualquier tipo de medidas precautorias (embargos, secuestro, medidas de innovar, de no innovar, etc.) y de urgencia. Cosa que lo que en el proceso cautelar existe es más bien limitaciones al poder general de cautela que también cuenta el juez, véase en este sentido las últimas modificaciones que en materia cautelar se dictaron a través de la Ley N° 29384, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 junio 2009 modificando el Código Procesal Civil y también con la Ley N° 28946, publicada el 24 diciembre 2006 que modifica el artículo 15° del Código Procesal Constitucional.

En suma, existe mayor libertad y mayor autoridad de los árbitros para el dictado de medidas cautelares y medidas de urgencia. Hay un trato privilegiado de la ley para con el arbitraje también en esta materia; frente a las limitaciones cada más de los jueces, debido –qué duda cabe– para frenar al uso y abuso que algunos jueces incurrieron en la dación desmedida e irrazonable de medidas cautelares en determinados casos. A este respecto el profesor Juan MONROY PALACIOS afirma que: “Mientras la tendencia mundial, en el plano legislativo, jurisprudencial y doctrinal, se orienta a la consolidación del carácter autónomo del arbitraje respecto de la justicia estatal, en el Perú existen jueces que, abusando de su poder, acostumbrar trabar medidas cautelares para suspender su tramitación; incluso por estos días los medios de comunicación comentan

los atropellos contra un tribunal arbitral cuyos miembros han sido objeto de embargos sobre sus bienes y hasta de un proceso penal”<sup>314</sup>.

3. Al no existir la institución del *árbitro de emergencia* para el dictado de medidas cautelares y de urgencia antes de la instalación del tribunal arbitral, es allí donde interviene la jurisdicción para complementar esa ausencia de facultad de los árbitros y deficiencia (si se puede decir) del procedimiento arbitral. En tal supuesto, el interesado puede solicitar las medidas cautelares al órgano jurisdiccional competente según el artículo 8.2 de la Ley de Arbitraje (juez comercial, civil o mixto)<sup>315</sup>. Estas medidas cautelares jurisdiccionales dictadas antes de la constitución del tribunal arbitral, no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho. La norma es clara.
4. Una vez constituido el tribunal arbitral, comunicado que le fuera de tal situación, el juez está obligado, bajo responsabilidad, a remitir el expediente conteniendo los actuados correspondientes a la solicitud cautelar (jurisdiccional) “en el estado en que se encuentre”. Esto es muy importante, porque si el estado del proceso (cautelar) es la de una inadmisibilidad, de un rechazo o improcedencia, o se ha ya dictado la

<sup>314</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 10 (Director Juan José Monroy Palacios), Comunitas, Lima, 2008, pág. 142.

<sup>315</sup> LEY DE ARBITRAJE (Decreto Legislativo N° 1071):

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

*(...) 2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.*

medida precautoria, o se encuentra en estado de apelación o por elevar el expediente cautelar a Sala Superior en virtud de una apelación, en cualquiera de dichos supuestos debe el Juez remitir en forma inmediata el expediente cautelar al tribunal constitucional ya constituido. De igual modo, si el expediente o cualquier cuadernillo correspondiente al expediente cautelar se encuentra ante la Sala Superior o está pendiente de resolver algún asunto, debe la Sala también forma inmediata remitir los actuados al tribunal arbitral. De igual modo, si se encuentra pendiente el dictado de la providencia cautelar o la resolución de la oposición a la medida cautelar o cualquier otra situación pendiente aún *ad portas* de ser resueltos, una vez instalado el tribunal arbitral, el órgano jurisdiccional carece ya de potestad (o competencia) para el dictado de decisiones relativas al proceso cautelar. Una vez instalada el tribunal arbitral surte efectos plenos el principio de autonomía del proceso arbitral, el juez pierde competencia sobre el asunto. En tal sentido, cesa la intervención complementaria del Juez en materia cautelar para con el arbitraje, cuando queda instalada el tribunal arbitral en los términos previstos en el artículo 27° de la Ley de Arbitraje. En suma, tal intervención complementaria de la jurisdicción en materia cautelar se da específicamente en el dictado de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral. Una vez comunicada y/o verificada su instalación, tal intervención cesa en el estado en que se encuentre el expediente cautelar. Eso es claro. Es más, siempre en la calificación de la solicitud cautelar o previo a la adopción de la decisión cautelar en el tiempo (por ejemplo cuando hubiere inicialmente sido declarado inadmisibles la solicitud cautelar o haya sido revocada o anulada por la Sala la decisión denegatoria inicial adoptada y llegare el momento de expedir nueva decisión cautelar concesoria, el Juez de trámite debe requerir previamente a la parte solicitante la información de si existe ya o no instalado el tribunal arbitral; pues de ser informado y verificado tal supuesto, estaríamos en la situación de carencia de competencia del Juez para la adopción de tutela cautelar.

5. Incluso, una vez instalado el tribunal arbitral, este tiene plena potestad (arbitral) para conocer el pedido o trámite cautelar. Aún ante la demora del órgano jurisdiccional en la remisión del expediente cautelar, ello no impide a que el tribunal arbitral pueda pronunciarse sobre la medida solicitada, dictada o impugnada. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. En otras palabras no existe firmeza para el tribunal arbitral en la tutela cautelar ejercida por el órgano jurisdiccional. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, incluso de oficio. No cabe duda que el tribunal arbitral tiene mayor autoridad sobre la función complementaria ejercida por el Juez. Otra vez más, la justicia arbitral tiene mayores privilegios sobre la actividad complementaria que despliegan los órganos jurisdiccionales, siendo ello explicable por cuanto el órgano jurisdiccional tiene ocasión de conocer el proceso cautelar más no del proceso principal, lo cual es de plena competencia del tribunal arbitral.

### 3.2.2.2. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de ejecución cautelar

Esta forma de intervención jurisdiccional complementaria se encuentra regulada en el artículo 48° de la Ley de Arbitraje; a saber:

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

*1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.*

2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades:

a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 75 o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este numeral.

b. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9.

c. Los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 76 serán de diez (10) días.

d. La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.

e. La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus

*propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.*

También, esta forma de intervención jurisdiccional complementaria amerita cuanto menos los siguientes comentarios:

1. En principio, hemos dicho, el tribunal arbitral está facultado para el dictado de medidas cautelares, gozando incluso de mayor libertad y discrecionalidad que los propios jueces para el dictado de cualquier forma de tutela de urgencia que el caso amerite para el aseguramiento de los fines del proceso arbitral y la eficacia del futuro laudo arbitral. Lo que no tienen los árbitros –una vez más- es la *coertio* para hacer efectivos sus decisiones precautorias o de urgencia. Al ser la *coertio* una potestad propia de los jueces (como expresión del *ius imperium* que el Estado a nombre del Pueblo o Nación les ha conferido), deben entonces en los casos que la requieran recurrir a la intervención de esta forma complementaria de los órganos jurisdiccionales.
2. Nótese –una vez más- que los árbitros si gozan de potestad para ejecutar sus decisiones, pueden dictar las providencias destinadas a dichas partes, conminar o requerir a las partes. Lo que no tienen es la potestad para ordenar el empleo de la fuerza pública para la efectivización de dicha decisión, en eso precisamente consiste la *coertio* de la que tienen los jueces y que carecen los árbitros. La *coertio* es una de las características de la función jurisdiccional, la tienen las que la ejercen, al no tener precisamente el arbitraje naturaleza jurisdiccional, carecen por ende de dicha potestad. Eh aquí un argumento más para rebatir la tesis jurisdiccionalista del arbitraje. El arbitraje no es jurisdicción, como tampoco es su equivalente (como ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional español). Si la jurisdicción consiste en la potestad de declarar el derecho y en ejecutar lo declarado, incluso mediante el empleo de la fuerza pública, entonces el

arbitraje no puede ser equiparado a la jurisdicción si carece de este atributo –nada menor- como es la *coertio*. La *coertio* es propia del poder estatal y de los órganos jurisdiccionales.

3. Entonces, la intervención jurisdiccional complementaria en materia de ejecución cautelar no es en estricto para la ejecución de las providencias cautelares (los árbitros pueden ejercer tal facultad) sino para complementar tal ejecución en los casos en que en dicho propósito y según criterio del árbitro, se haga necesario la asistencia de la fuerza pública (*coertio*). Una vez instalada el tribunal arbitral, los órganos arbitrales no pueden dictar medidas cautelares para un futuro arbitraje, pero una vez dictada la medida por el tribunal arbitral, tampoco el tribunal puede cesar en sus funciones para la ejecución de dicha medida, constituye deber del tribunal arbitral efectuar actos de ejecución de la medida. Los jueces carecen de potestad para intervenir en la ejecución cautelar sino cuando le es solicitada por la parte interesada por el tribunal arbitral quien “*a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública*”.
4. En tales circunstancias, la parte interesada recurrirá al juez competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna. El Juez no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por el juez o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados. Eh aquí otro privilegio de la que goza la justicia arbitral.

### 3.2.2.3. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de ejecución del laudo arbitral

Relativo a esta forma de intervención jurisdiccional complementaria, los artículos 67° y 68° de la Ley de Arbitraje disponen lo siguiente:

*Artículo 67.- Ejecución arbitral.*

- 1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.*
- 2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.*

*Artículo 68.- Ejecución judicial.*

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



dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

Esta forma de intervención jurisdiccional complementaria amerita también los siguientes comentarios:

1. El tribunal arbitral goza de potestad para ejecutar sus laudos y decisiones. Esto es lo *liminar*. Tal ejecución procede cuando exista acuerdo de las partes o cuando se encuentre previsto en el reglamento de la institución arbitral a la que se han sometido las partes. Así, la ejecución del laudo en sede arbitral puede perfectamente cumplir su finalidad en la satisfacción plena del derecho declarado en el laudo. Sin embargo, tal ejecución o su continuación no procede (y por ende debe cesar la ejecución) cuando, también a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública (*coertio*).
2. El asunto de la potestad arbitral para la ejecución del laudo también debe quedar claro. El tribunal arbitral tiene tal potestad y ello implica que puede iniciar los actos procedimentales destinados a la ejecución: requerimiento de pago o de entrega de bien, etc.; por ejemplo, puede ordenar que el ejecutado cumpla con tal o cual obligación declarada en el laudo arbitral, puede incluso disponer el lanzamiento del ejecutado (en caso de entrega de bien inmueble, por ejemplo), pero lo que no tiene es la potestad para disponer la asistencia de la fuerza pública, poder propio de los órganos jurisdiccionales como expresión del *ius imperium* de la que goza como órgano del Estado y que ejerce tal poder en nombre de la Nación.
3. Así, la intervención complementaria de la jurisdicción en materia de ejecución del laudo arbitral se da básicamente en tanto se requiera de la

*coertio* para tal fin. Sin embargo, debe efectuarse algunas precisiones necesarias a fin de tener en claro el asunto. Si las partes no han pactado la posibilidad de ejecución del laudo arbitral o si el reglamento de la institución arbitral no tiene previsto tal posibilidad, no procede entonces la ejecución arbitral del laudo, y por ende la parte interesada puede recurrir al órgano jurisdiccional competente para la ejecución judicial del laudo<sup>316</sup>. Sin embargo, también, aún en el caso de que exista tal pacto o exista en el reglamento tal posibilidad de ejecución del laudo en sede arbitral, la parte interesada se encuentra legitimada para recurrir a sede judicial –en lugar del tribunal arbitral- y demandar la ejecución del laudo. Ello es así, por cuanto el artículo 67° de la ley prevé que la ejecución en sede arbitral procede “a solicitud de parte”. El principio de disposición (iniciativa de parte) es fundamental para la procedencia de la ejecución arbitral. En tal sentido, nada obsta a que la parte favorecida en el laudo decida –en lugar de la ejecución arbitral- recurrir a la intervención complementaria del juez y solicitar la ejecución judicial del laudo. Ergo, el juez competente no puede negarse a admitir la demanda de ejecución alegando que existe un pacto de ejecución arbitral o que dicha posibilidad se encuentre en el reglamento de la institución arbitral o que la pretensión de ejecución no amerite en modo alguno la asistencia de la fuerza pública. La ejecución del laudo en sede arbitral es una facultad del árbitro si es que tal posibilidad está pactada o se encuentra prevista en el reglamento arbitral pero tiene como límite la ausencia de *coertio*. Pero para el órgano jurisdiccional la ejecución es siempre un poder-deber, ni la ausencia de necesidad del empleo de la *coertio* para la ejecución, ni la existencia del pacto de ejecución arbitral o la existencia de tal posibilidad en el reglamento arbitral, puede constituir causales para la denegación de la ejecución judicial del laudo.

---

<sup>316</sup> Respecto de la competencia de los jueces, el artículo 8 de la Ley de Arbitraje dispone que: 3. *Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.*

4. Una vez iniciada la ejecución judicial del laudo, el juez por el solo mérito del laudo, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de ejecución forzada. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66 ofrecimiento de contracautela para la suspensión de los efectos del laudo arbitral en caso de interposición del recurso de anulación de laudo). El juez previo traslado de la oposición, resolverá la oposición. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo. El juez está prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo. Como vemos, la ejecución del laudo arbitral –aún en sede judicial– goza de mayores privilegios que la ejecución de cualquier otro título ejecutivo.
5. Finalmente, cabe observar que iniciada la ejecución del laudo en sede arbitral y cesado en sus funciones el árbitro-ejecutor al requerir la ejecución de la asistencia de la fuerza pública, la consiguiente ejecución en sede judicial debe ser sino la continuación de la ya iniciada en sede arbitral y no su inicio y repetición de actos procesales de ejecución ya efectuada en sede arbitral. Un ejemplo nos aclarará tales afirmaciones:

En el caso de que en el laudo el tribunal arbitral amparando la demanda ordene que el demandado entregue un bien inmueble determinado al demandante, y si bien la futura y probable ejecución forzada conlleve necesariamente el empleo de la fuerza pública (para lo cual el árbitro carece de *coertio*), sin embargo tal *coertio* no necesariamente pueda requerirse en el caso concreto, pues ante al requerimiento de lanzamiento o de la misma orden de lanzamiento el demandado puede cumplir con su obligación. Ergo, se habría recurrido innecesariamente al Poder Judicial

para su ejecución con todos los problemas, defectos y desventajas que este mecanismo de solución de controversias tiene, cuando bien en sede arbitral se ha arribado a tal propósito en forma pronta y efectiva. Y, aún –siguiendo con este mismo ejemplo-, en el caso de que el ejecutado haga caso omiso a la orden de ejecución (lanzamiento) y no quede más que recurrir al Poder Judicial para su cumplimiento, en sede judicial la ejecución no tiene por qué volver a transitar el camino ya avanzado en ejecución arbitral.

Así, si en el procedimiento de ejecución arbitral (siempre en el caso planteado) se ha requerido al ejecutado y éste ha tenido oportunidad objetiva de ejercitar su derecho de defensa (oposición a la ejecución), se ha dispuesto el apercibimiento correspondiente y se ha ordenado el lanzamiento; y, en este estado y límite de la ejecución arbitral del laudo, el ejecutante recurre al Poder Judicial; luego, el Proceso Único de Ejecución que se inicie no tiene por qué volver a repetir todo ese *iter* procesal de ejecución ya avanzado en sede arbitral. El órgano jurisdiccional de ejecución debe sólo continuar con la ejecución en el estado en que fue cesado en sede arbitral (por falta de *coertio* del tribunal arbitral o por decisión propia del ejecutante), si ya ha existido orden de lanzamiento, debe entonces disponer el Juez simplemente la ejecución de dicho lanzamiento, previa admisión de la demanda ejecutiva, pero no conceder al ejecutado el plazo para formular contradicción (u oposición), correr traslado de la misma, la absolución y resolución de dicho trámite.

### 3.2.2.4. Intervención jurisdiccional complementaria en materia de reconocimiento y ejecución judicial del laudo dictado en el extranjero

De conformidad con el artículo 74.1 de la Ley de Arbitraje los laudos extranjeros son aquellos pronunciados en un lugar hallado fuera del territorio peruano; por tanto para su eficacia en el Perú, deben previamente ser reconocidos por el Poder Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales competentes y de acuerdo al procedimiento previsto en la Ley sobre dicha materia (artículos 74 al 78 de la Ley de Arbitraje) y de conformidad a su vez con los instrumentos normativos internacionales aplicables a tales casos, como son:

- a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958.
- b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975; o,
- c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.

Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Como señala una jurisprudencia de la Sala Civil de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos de la Corte Superior de Justicia de Lima: *“El reconocimiento de las resoluciones judiciales expedidas en el extranjero tiene como fin que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por el tribunal extranjero, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada. El proceso de exequátur no tiene por objeto el examen de lo ya juzgado ni el análisis del proceso, sino el*

*cumplimiento formal de los requisitos de homologación que la ley peruana establece para su concesión (...)*”.

Este pronunciamiento de la referida Sala resulta perfectamente aplicable al trámite de *exequátur* o reconocimiento judicial de laudos arbitrales dictados en el extranjero.

Como afirma la profesora Marianella LEDESMA NARVÁEZ: “El *exequátur* se sustenta en el hecho que la jurisdicción amena de la soberanía y como esta tiene por límite el territorio sobre el que se ejerce, la sentencia solo produce efectos jurídicos dentro de ese territorio. La cooperación judicial internacional ha impuesto la necesidad de reconocer y otorgarle efectos a una sentencia de un juez extranjero (...). Razones de seguridad jurídica y conveniencia recíproca hace que casi todos los estados reconozcan la validez de las sentencias y laudos arbitrales proferidos en el extranjero, y permiten su ejecución como si hubiesen sido dictadas por sus propios jueces (...)”<sup>317</sup>.

Seguidamente, procedemos a transcribir algunos artículos normativos de la Ley de Arbitraje que regula la institución en comento:

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

*(...) 5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.*

*6. Para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil, del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del*

---

<sup>317</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, págs. 272-273.

*territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.*

*Artículo 74.- Normas aplicables.*

*1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano:*

- a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o*
- b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o*
- c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.*

*2. Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.*

*Artículo 75.- Causales de denegación.*

*1. Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano.*

*2. Sólo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba:*

- a. Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.*

- b. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.*
- c. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos.*
- d. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.*
- e. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo.*
3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:
- a. Que según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.*
- b. Que el laudo es contrario al orden público internacional.*
4. La causa prevista en el inciso a. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral por falta de validez del convenio arbitral o si el convenio arbitral es válido según el derecho peruano.
5. La causa prevista en el inciso b. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha reclamado oportunamente ante el tribunal arbitral la falta de notificación del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o la vulneración a su derecho de defensa.
6. La causa prevista en el inciso c. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si éste se refiere a cuestiones sometidas al arbitraje que pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje.



7. La causa prevista en el inciso d. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral en virtud a que su composición no se ha ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o no ha denunciado oportunamente ante el tribunal arbitral que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

8. Si se ha solicitado a una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado el laudo, la anulación o suspensión del laudo extranjero, según lo previsto en el inciso e. numeral 2 de este artículo; la Corte Superior competente que conoce del reconocimiento del laudo, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre dicho reconocimiento y, a petición de la parte que pida el reconocimiento del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas.

#### Artículo 76.- Reconocimiento.

1. La parte que pida el reconocimiento de un laudo extranjero deberá presentar el original o copia del laudo, debiendo observar lo previsto en el artículo 9. La solicitud se tramita en la vía no contenciosa, sin intervención del Ministerio Público.

2. Admitida la solicitud, la Corte Superior competente dará traslado a la otra parte para que en un plazo de veinte (20) días exprese lo que estime conveniente.

3. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá adoptar, de ser el caso, la decisión prevista en el numeral 8 del artículo 75. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.

4. Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación, cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el laudo.

*Artículo 77. Ejecución.*

*Reconocido, en parte o en su totalidad el laudo, conocerá de su ejecución la autoridad judicial competente, según lo previsto en el artículo 68.*

### **3.2.3. Intervención contralora (control jurisdiccional del arbitraje)**

Esta es definitivamente la forma más compleja de intervención de la jurisdicción sobre el arbitraje y la que más problemas viene generando en la actualidad tanto en la legislación como en la doctrina y la jurisprudencia, particularmente en nuestro país, por cuanto la intervención que el Estado a través de los órganos jurisdiccionales competentes efectúa no es para una mera colaboración o auxilio a la función jurisdiccional ni para complementar actos procesales necesarios para el cumplimiento de los fines del proceso arbitral, sino una revisión de lo resuelto o decidido por el árbitro o tribunal arbitral en el laudo, empero no una revisión cualquiera sino basado en determinadas causales, criterios y limitaciones determinados tanto en la ley como perfilados por la jurisprudencia, particularmente por el Tribunal Constitucional.

De modo tal que si no se regula adecuadamente dicha forma de intervención se pondría en peligro no solo la autonomía de la función arbitral sino también la unidad de la justicia a cargo del Estado a través de los órganos jurisdiccionales, por lo que más que buscar un equilibrio entre ambos principios y entre ambos mecanismos de tutela de derechos, resulta más bien necesario ubicar los mismos en sus reales dimensiones y alcances a fin alcanzar una sociedad justa y en bienestar.

Bien afirman los tratadistas MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA:

*“La autonomía del proceso arbitral no implica su intangibilidad respecto a la fiscalización jurisdiccional. Es más, el control jurisdiccional sobre el proceso*

*arbitral y más concretamente sobre su producto final, el laudo, ha de quedar perfectamente garantizado desde el convenio arbitral, que es donde realmente las partes optan voluntariamente por no acudir a los jueces y tribunales del Estado para resolver sus conflictos.*

*Ya hemos visto como el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela efectiva judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución –derecho, por otra parte, irrenunciable-, sino que, por el contrario, aquéllas, haciendo uso de su igualmente derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), acceden al arbitraje como medio de eliminar sus conflictos.*

*El uso de esa libertad plasmada en la elección del proceso arbitral debe estar garantizado en una doble dirección: 1) Por una parte, removiendo los poderes públicos los obstáculos que dificulten o impidan la libertad e igualdad del individuo (art. 9.2 CE); y 2) Por otra, estableciendo un sistema de control judicial a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusta a los establecido en la Ley y en la Constitución (...)*

*El planteamiento anterior nos conduce al examen de los medios impugnatorios que se instrumentan en la legislación vigente para hacer efectivo el control del laudo. Pero antes de analizar los medios de control del laudo conviene formular las observaciones siguientes:*

- 1. El control judicial del arbitraje no aparece en cualquier momento del curso procesal arbitral y contra cualquier acto del árbitro, sino que esa fiscalización judicial se da contra el laudo, en cuanto que éste representa la decisión última del árbitro y que, además, la impugnación ha de fundarse en motivos o causas tasadas, como luego veremos.*

2. *Este control judicial sobre el laudo lo es sólo por razones extrínsecas, como también se examinará más adelante (...)*<sup>318</sup>.

Asimismo, la profesora ARRARTE ARRISNABARRETA agrega con observación sesuda que le caracteriza que:

*“Esta intervención implica la posibilidad de realizar un nuevo análisis del laudo, pero esta vez, por parte de la autoridad judicial. Como sabemos, este rol del Poder Judicial, junto con el de ejecución, son los más usados y, de alguna manera también, aquellos que han suscitado situaciones de abuso, motivando el entorpecimiento de la eficacia de los mandatos arbitrales”*<sup>319</sup>.

Asimismo, José GARBERÍ LLOBREGAT afirma que:

*“El hecho, sin embargo, de que el arbitraje no pase de ser un exponente de ‘justicia privada’ (normalizada y racionalizada, eso sí, pero justicia privada estructuralmente ubicada extramuros de la organización de los poderes públicos al fin y a la postre), hace que, aunque el legislador deje en las solas manos de las partes el conflicto la libre decisión de acudir o no al procedimiento arbitral en aras de solventar aquellas controversias susceptibles de ser resueltas por esta vía alternativa al proceso, no por ello renuncie en absoluto a todo tipo de control público, jurisdiccional naturalmente, sobre la decisión emanada de los árbitros (...).*

*Así, quienes libremente tomen la decisión de dejar la solución definitiva e irrevocable de sus derechos e intereses jurídicos litigiosos en manos de*

<sup>318</sup> MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M. *Tratado de Derecho Arbitral*, Tercera Edición, Thomson – Civitas, Navarra, España, 2006, págs. 683-684.

<sup>319</sup> ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. *“De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación”*. En: THEMIS - Revista de Derecho, Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, pág. 100.

*órganos arbitrales, renunciando a la intervención de los tribunales del Poder Judicial, sabrán de antemano que esta decisión suya no comporta en modo alguno el otorgamiento a los árbitros de ninguna patente de corso para que se conduzcan como les venga en gana. De ninguna supuesta habilitación para poder hacer caso omiso a los parámetros de legalidad o equidad, según cuál sea la modalidad arbitral elegida, y en todo caso a los de objetividad e imparcialidad, que han de presidir cualesquiera tipos de enjuiciamiento, sean los mismos jurisdiccionales, sean administrativos o, como es el caso, lo sean puramente privados.*

*El control jurisdiccional de las decisiones arbitrales, pues, lejos de operar como una rémora o un mecanismo de obstaculización del arbitraje, constituye una previsión normativa que apunta justamente en la línea contraria, esto es, en la del robustecimiento y potenciación del arbitraje como una alternativa más rápida y eficaz (y muchas veces hasta más económica) que la judicial o procesal, pero tan segura (o al menos rodeada de las suficientes garantías normativas y de control) como esta última”<sup>320</sup>.*

Esta forma de intervención de la jurisdicción sobre el arbitraje será desarrollada con mayor extensión en los puntos siguientes.

### **3.3. FUNDAMENTOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE**

Al tratar acerca de los fundamentos del arbitraje, dijimos que esta institución, basado en la libertad y la autonomía de la voluntad (su causa-fuente), constituye un instrumento heterocompositivo de solución de conflictos (fundamento *ius-sociológico*), al igual que la jurisdicción, teniendo sin embargo este último por causa-

<sup>320</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje*. Editorial Bosch, Barcelona, 2004, págs. 951-952.

fuente el *ius imperium* o soberanía popular (según doctrina contemporánea). No obstante al distanciamiento frontal en los orígenes de ambos mecanismos de composición de conflictos, lo común entre ambos es sin embargo su causa-fin (fundamento *ius-filosófico*). Tanto la jurisdicción como el arbitraje constituyen instituciones que tienen por finalidad impartir justicia entre los hombres, de dar a cada quien lo que le corresponde según la razón y el derecho.

Sin embargo, dijimos también que la unificación de la justicia pública a cargo del Estado se encontraba garantizada con el principio de la unidad del Estado y la unidad de la función jurisdiccional, así como por el sistema recursivo existente en el proceso jurisdiccional como plasmación del derecho fundamental a la pluralidad de instancias y la estructura jerárquica de los órganos jurisdiccionales sean ordinarios (Poder Judicial) o especiales (Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Justicia Militar). Con todos los defectos y deficiencias de la justicia pública (lentitud, excesiva carga procesal, burocracia, etc.), bien se dice que *la justicia (pública) tarda pero llega*.

En tanto a que, en el caso del arbitraje, no existe tal principio de unidad de la justicia arbitral, siendo a que este mecanismo de solución de conflictos goza de total autonomía frente a la jurisdicción para decidir el fondo del asunto litigioso, pues es la jurisdicción la que establece criterios para la unificación de la jurisprudencia, y en tanto a que no existe en el arbitraje un sistema recursivo dentro del procedimiento arbitral que permita revisar el fondo del asunto litigioso.

Frente a los defectos de la justicia pública, se presenta el arbitraje como alternativa de acceso a la justicia para los ciudadanos. Las personas que tienen la facultad de disposición de los derechos materia del conflicto, tienen tal alternativa mediante acuerdo previo (convenio arbitral) de recurrir para la solución del conflicto a la justicia privada a través de un juez privado (el árbitro o tribunal arbitral), quien mediante un procedimiento mucho más célere, flexible, personalizado, probablemente a dedicación casi exclusiva, y demás bondades, ventajas y privilegios

establecidos por ley, dirime el conflicto mediante una sola decisión (el laudo) el cual por garantía de la ley es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, produciendo –al igual que una sentencia- efectos de cosa juzgada (Artículo 59 de la Ley de Arbitraje).

En este sentido, resulta claro que frente a la justicia pública que imparten los órganos jurisdiccionales, la justicia privada o arbitral resulta ser mucho más efectiva en la realidad concreta. Si es verdad que las cosas salen mejor en libertad que bajo la imposición de otros, al parecer en la impartición de justicia también.

Sin embargo, a pesar de todo ello, la intervención del Estado en el arbitraje a través de órganos jurisdiccionales competentes, resulta necesaria y hasta inevitable, desde el ámbito *ius*-sociológico.

Tal intervención es inevitable, por cuanto, si bien el arbitraje tiene su fuente en la autonomía de la voluntad del hombre plasmado jurídicamente en el *convenio arbitral*; si bien el arbitraje constituye en su origen y desarrollo un mecanismo natural de solución de conflictos, producto de la libertad y racionalidad del hombre, un mecanismo heterocompositivo de conflictos muy anterior al Estado y a la Jurisdicción, y que en base a tales fundamentos su práctica se ha mantenido y subsiste a los distintos tipos de Estados habidos en la historia de la humanidad. Sin embargo, desde que aparece el Estado como aparato coercitivo, en los albores de la civilización, investido de poder e imponiendo un ordenamiento jurídico determinado “*asume directamente la función plena de garantizar el derecho mediante órganos propios investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias*”<sup>321</sup>. Así, el Estado, por encima de la voluntad de sus miembros, se sustituye en la voluntad del individuo para por medio de su *imperium* designar los órganos (juez o tribunal) encargados de componer todo litigio con trascendencia jurídica, empero no de cualquier modo, no

---

<sup>321</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; Tomo I, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 149.

mediante el simple leal saber del Juez sino mediante el derecho, monopolizando incluso dicha potestad de resolver los conflictos en forma única y exclusiva y contando incluso de la fuerza pública necesaria para hacer cumplir lo resuelto (*coertio, executio*), manteniendo sin embargo como forma alternativa la solución de determinados conflictos (los referidos a derechos e intereses de libre disposición por las partes) mediante los demás mecanismos autocompositivos (conciliación, transacción) y heterocompositivos como el arbitraje, y permitiendo incluso en forma excepcional situaciones permisivas de autotutela o defensa privada tales como la legítima defensa y la defensa posesoria. Pero también, corresponde al Estado fiscalizar o ejercer control sobre el arbitraje en virtud del *ius imperium* que detenta y en tanto tiene el deber de crear condiciones jurídicas mínimas para que las personas accedan a la justicia (sea pública o privada) mediante el respeto de la legalidad del proceso y del propio convenio arbitral, así como la protección de una gama de derechos y principios mínimos que garantizan la constitución de un proceso justo equitativo (debido proceso) como los únicos que garantizan el acceso a la justicia y su efectividad.

Así, si bien el arbitraje tiene origen en la naturaleza libre y racional del hombre, sin embargo desde que aparece el Estado e impone éste el Derecho que a su vez monopoliza, tal estado de naturaleza del arbitraje no ha podido mantenerse ni puede hoy por hoy invocarse como tal. Frente al hombre en su estado de naturaleza y sus iniciales organizaciones como ser social, el Estado constituye una compleja y sofisticada organización política, social y jurídica de la sociedad, la creación más grande de la humanidad basado en el Poder y el *ius imperium*, por lo que ninguna otra institución puede mantenerse al margen de la supervisión del gran *Leviatán* de la que nos hablaba Tomas Hobbes.

Desde que aparece el Estado siempre ha existido intervención de la Jurisdicción sobre el Arbitraje, ya sea reconociéndola, no prohibiéndola, protegiéndola, colaborando con ella, regulándola, pero sobre todo controlándola en la función que cumple. El Poder del Estado no puede estar incólume frente a la



trascendental función que el arbitraje cumple y que también constituye un poder-deber del Estado: la impartición de justicia.

El control jurisdiccional del Estado sobre el arbitraje resulta también necesaria, por cuanto si el arbitraje tiene por causa-fin la impartición de justicia, y siendo esta a su vez el fin primordial del Estado a través de la función jurisdiccional, entonces resulta impensable la permanencia de dos sistemas de impartición de justicia paralelos e incommunicables. La unificación de ambos sistemas de impartición de justicia no le corresponde lógicamente al arbitraje, ni tampoco a un organismo supraestatal, sino al Estado a través de sus órganos jurisdiccionales en aras del logro del *bienestar general* a la que toda sociedad organizada aspira y que el Estado tiene el deber de promoverla a partir de la consideración que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado<sup>322</sup>.

Así, el control jurisdiccional del arbitraje encuentra su fundamento en la necesidad que el Estado tiene de diseñar el sendero de derechos y principios mínimos exigibles en todo sistema o mecanismo de administración de justicia (sea pública o privada) para el arribo de ese propósito: la impartición de justicia, lo cual es deber del Estado en tanto es su fin supremo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). El Estado permite la existencia de otros mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos como el arbitraje, le otorga autonomía plena, pero si bien no garantiza que este mecanismo alternativo brinde justicia entre los contendientes, más si garantiza que en el arbitraje el árbitro (o tribunal arbitral) respete el convenio arbitral, las normas imperativas de orden

<sup>322</sup> Así lo establece la Constitución de 1993 al consagrar como principios:

*Artículo 1.- Defensa de la persona humana. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*

*Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...).*

*Artículo 44.- Deberes del Estado. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...).*

público y las garantías procesales mínimas para la existencia de un proceso debido como único capaz de conducir al arbitraje hacia la justicia. En el arbitraje el Estado no garantiza la impartición de justicia pero si tiene el deber de garantizar el acceso a la justicia y su efectividad estableciendo principios y derechos mínimos que en el proceso arbitral debe tenerse en cuenta.

Asimismo, la necesidad del control jurisdiccional del arbitraje se ve mejor fundamentada incluso en su aspecto estrictamente jurídico-procesal. Frente a sus bondades y ventajas, el arbitraje tiene también desventajas, siendo una de ellas el hecho de que en la actual Ley de Arbitraje, el laudo es inapelable, definitivo y de cumplimiento obligatorio (Artículo 59 de la Ley de Arbitraje)<sup>323</sup>; por lo tanto, al

---

<sup>323</sup> No obstante a que en la derogada Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) se preveía el recurso de apelación como medio impugnatorio contra el laudo arbitral, en los siguientes términos:

Artículo 62.- Disposiciones aplicables.- Salvo disposición distinta de las partes o del reglamento arbitral, son de aplicación al recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral, las siguientes reglas:

1. El recurso de apelación contra el laudo de derecho deberá interponerse ante los árbitros, dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral. Es aplicable lo dispuesto en el Artículo 65.
2. El tribunal arbitral de segunda instancia estará conformado por tres (3) miembros, elegidos de la misma forma como fueron designados los árbitros de primera instancia o, en su defecto, de conformidad con las disposiciones supletorias dispuestas en la ley.
3. Constituido el tribunal arbitral de segunda instancia, su presidente oficiará al árbitro o al presidente del tribunal arbitral de primera instancia, para la remisión del expediente dentro del plazo de cinco (5) días de la notificación.
4. Recibido el expediente, se correrá traslado a las partes por cinco (5) días para que expongan lo conveniente a su derecho.
5. Vencido el plazo a que se refiere el inciso precedente, el tribunal arbitral de segunda instancia deberá expedir el laudo definitivo dentro de los quince (15) días siguientes, teniendo presente lo dispuesto en el Artículo 50o. Son además aplicables en lo que corresponda, los Artículos 53o, 54o, 55o y 56o. El tribunal arbitral de segunda instancia resuelve por el solo mérito de los autos y sin admitir medio probatorio alguno.
6. El tribunal arbitral de segunda instancia determinará los costos del arbitraje de conformidad con el Artículo 52o, en lo que resulte aplicable.

Artículo 63o.- Apelación: Organismo competente.- Es competente para conocer de la apelación del laudo de derecho la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la apelación.

Artículo 64o.- Plazo de interposición.- El recurso de apelación se interpone directamente ante la Sala respectiva, dentro del plazo de diez (10) días contados desde la notificación del laudo o de notificadas las correcciones, integración o aclaraciones del mismo.

igual que los jueces, los árbitros –como todo ser humano- pueden también errar en la impartición de justicia ya sea vulnerando la ley, la Constitución o el propio convenio arbitral y con ello cometerse injusticia y abuso (de derecho en el arbitraje) en contra de una las partes, frente a lo cual dada la función social que a su vez cumple el arbitraje, la sociedad no puede tolerar y el Estado tiene el deber de intervenir en el. Pero, tal intervención debe ser –en esencia- con respeto a la autonomía de la justicia arbitral de la que tanto hemos venido hablando.

Incluso en el llamado arbitraje de equidad o de conciencia (el cual se caracteriza por que el árbitro en virtud del convenio arbitral no aplica o no está obligado a aplicar la legislación vigente para resolver la cuestión litigiosa, sino que resuelve el caso conforme a su leal saber<sup>324</sup>), resulta necesario el control jurisdiccional sobre el laudo de conciencia, por cuanto aún en este tipo particular de arbitraje, él árbitro no puede resolver de cualquier modo sino en base criterios mínimos de justicia y equidad. La justicia no solo está plasmada en la ley, sino también en las actuaciones mismas de las personas e instituciones de la sociedad. La justicia es una exigencia consustancial a la existencia de la sociedad misma, de la persona humana como ser con dignidad. Conforme lo establece el Tribunal Constitucional el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende la exigencia de justicia no solo a las instituciones del Estado (eficacia vertical de los derechos

---

Artículo 69o.- Recursos.- Contra lo resuelto por la Corte Superior no cabe la interposición de recurso alguno.

<sup>324</sup> Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA precisa que: *“El arbitraje de conciencia goza muchas veces del favor de los hombres de negocios porque éstos desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del Derecho oficial. Acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base a la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos, se encuentre basada también en la buena fe antes que en una interpretación literal de un texto normativo. Otras veces, se escoge el arbitraje de conciencia porque el problema excede el ámbito de las leyes nacionales. En estas condiciones, para evitar tener que fijar una ley nacional que gobierna el contrato entre varias posibles, opta por un arbitraje de conciencia que permite al árbitro usar varias leyes nacionales a la vez desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes. También se opta por un arbitraje de conciencia cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del derecho de obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión”. Ver en: 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° 12, pág. 116.*

fundamentales) sino también tal exigencia comprende a su vez a los propios ciudadanos y a las instituciones privadas como el arbitraje (eficacia horizontal de los derechos fundamentales)<sup>325</sup>.

<sup>325</sup> El Tribunal Constitucional en varias de sus decisiones ha reconocido la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales (dentro de ellos el derecho a la tutela jurisdiccional y el debido proceso). Así, ha establecido:

“La vinculación de los derechos hacia cualesquiera de los poderes y en general, órganos públicos, es lo que hemos venido en denominar eficacia vertical de los derechos fundamentales. Tal eficacia no es sino consecuencia de la naturaleza preestatal de los derechos fundamentales y, por tanto, del carácter servicial del Estado para con ellos, en tanto que la persona humana se proyecta en él como el fin supremo (art. 1 de la Constitución).

En ese sentido, tenemos dicho que dentro de estos sujetos obligados para con el respeto y protección de los derechos fundamentales se encuentran todos los poderes públicos, es decir, los entes que forman parte del Estado, independientemente de su condición de órgano constitucional, legal o administrativo, y los grados e intensidad de autonomía que para con ellos el ordenamiento haya podido prever [...]” (STC N° 03179-2004-PA/TC, Fundamento Jurídico 17). Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03179-2004-AA.html>

“[...] [E]l deber de protección que se deriva de la concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes puedan proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no sólo se encuentra el Estado, sino también a los propios particulares [...]. Esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1° de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (STC N° 00976-2001-PA/TC, Fundamento Jurídico 5). Ver la sentencia en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.html>

“[...] el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical –frente a los poderes del estado- y horizontal –frente a los particulares-. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales –justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros- recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional” (STC N° 10087-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico 3). Ver la sentencia en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.html>

“[...] Los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o inter privados (...). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38° de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae consigo la proyección universal, frente a todo tipo

En los llamados arbitraje de conciencia o de equidad, la solución que da el árbitro, basado en su propia consciencia del árbitro, debe estar basado en su “leal saber”, lo cual significa que su saber (conocimientos, técnicas) es lo que se requiere para la solución del caso y ese saber debe ser leal, es decir, premunido de rectitud, honestidad, nobleza y todas las virtudes necesarias que finalmente conducen a único valor supremo aceptable en una sociedad o grupo organizado, que es la “justicia”.

Como afirma LEGAZ Y LACAMBRA:

*“[L]o equitativo no es para el filósofo griego<sup>326</sup> algo distinto por esencia de la justicia, sino una misma con ella; la equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia que corrige a la injusticia que se comete en el caso particular, cuando sólo se le considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general (...)”<sup>327</sup>.*

También, Abelardo TORRÉ apunta que:

*“[l]a equidad no es simplemente la justicia del caso particular como suele decirse; en efecto, para ser más preciso cabría definirla como la justicia del caso particular, inspiradora de una decisión que la comunidad acepta, como norma general válida para solucionar casos semejantes al resuelto. La equidad no es pues algo esencialmente distinto de la justicia, sino una*

---

de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales” (STC N° 06730-2006-PA/TC, Fundamento Jurídico 9).

Ver la sentencia en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06730-2006-AA.html>>

<sup>326</sup> Refiriéndose a Aristóteles en su “Ética a Nicómaco”.

<sup>327</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1943, pág. 433.

*modalidad de la misma; en consecuencia, un fallo no puede ser equitativo e injusto al mismo tiempo, porque si es equitativo es justo y, si es injusto, no puede ser equitativo”<sup>328</sup>.*

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

Nótese bien que es la “razón” la que hace posible que el hombre actúe en libertad, y es a su vez el elemento que lleva ínsito la justicia. En este sentido, sólo un ser racional puede ser libre, y sólo en la racionalidad puede fundarse la justicia. Lo justo es lo razonable, lo adecuado a la razón. Según el Diccionario de la Real Academia Española, una de las definiciones de “justicia” es “*Derecho, razón, equidad*”<sup>329</sup>. Es así, que tanto el derecho como la equidad, equivalen a razón, es decir a justicia y uno de los medios a lograrla es a través del arbitraje y no únicamente mediante la tutela jurisdiccional que monopoliza el Estado.

Consideramos entonces que es precisamente en esta causa-fin del arbitraje que se encuentra a su vez el fundamento de la necesidad e inevitabilidad de la existencia de control sobre el arbitraje. No pueden existir dos vías paralelas e incommunicables entre ambos mecanismos de justicia. El Estado en tanto ostenta *ius imperium* debe

<sup>328</sup> TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. Décimo Cuarta Edición ampliada y actualizada, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 284.

<sup>329</sup> Definición que se halla en el *Diccionario de la Real Academia Española*, Vigésima Tercera Edición, Edición del Tricentenario, Espasa Libros S.L., Barcelona, 2014, pág. 1296.

por ello asumir el control jurisdiccional del arbitraje a fin de garantizar a los justiciables el acceso a la justicia arbitral y su efectividad estableciendo para ello una gama de derechos y principios mínimos que hagan posible la existencia de un proceso arbitral debido como único medio para acceder a la justicia.

### 3.4. LÍMITES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE

Entonces, la autonomía del arbitraje consagrado en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución, no es ni puede ser absoluta. El respecto de la legalidad, del convenio arbitral y la eficacia del derecho a la tutela procesal y el debido proceso y la protección de la persona humana y el respeto de su dignidad, exigen necesaria e inevitablemente, la intervención contralora del Estado sobre el arbitraje a través de los órganos jurisdiccionales competentes<sup>330</sup>.

Sin embargo, tal poder contralor que el Estado ejerce a través de sus órganos jurisdiccionales tampoco puede ser ilimitada; al contrario, tal control tiene límites congruentes con el principio de autonomía del arbitraje, de la Constitución y plasmado concretamente en las leyes de desarrollo (Ley de Arbitraje y Código Procesal Constitucional), como lo veremos más adelante.

Es preciso aclarar también que la ley, regulando cada una de las dos formas de control jurisdiccional del arbitraje (que expondremos en el siguiente punto), establece los límites específicos de cada uno de dichas formas de control, por lo que en este punto expondremos en todo caso los límites generales aplicables a estas dos formas de control; a saber:

---

<sup>330</sup> Es preciso aclarar que la ley, regulando cada una de las dos formas de control jurisdiccional del arbitraje (que expondremos en el siguiente punto), establece las reglas de competencia para el ejercicio válido de dicho control.

- a) El control jurisdiccional del arbitraje es siempre posterior al laudo, es *ex post* laudo y no *ex ante* laudo. Por ello, la intervención contralora del Estado es *in stricto* un *control jurisdiccional del laudo arbitral* y no sobre todo el arbitraje. Tal control no existe antes de la expedición del laudo arbitral. Está prohibido, por ejemplo, toda forma de control sobre el procedimiento de la instalación del tribunal arbitral, sobre la determinación de su competencia una vez instalado el tribunal, sobre los poderes y facultades que en el trámite del procedimiento arbitral pueda ejercer el tribunal arbitral como son la actuación de medios probatorios de oficio, la incorporación o no incorporación de terceros al procedimiento arbitral. Todo intento de intervención jurisdiccional al respecto debe ser rechazado por todos los jueces de la República pues ello vulnera la autonomía constitucional de la justicia arbitral, así como los principios de *kompentenz-kompetenz* y la independencia de los árbitros. Pueda que en el procedimiento arbitral el tribunal arbitral afecte el debido proceso o vulnere algún derecho reconocido en la ley o en la Constitución, empero cualquier control sobre la actividad arbitral es siempre posterior a la expedición del laudo, de ninguna manera antes. Todo ello garantiza el principio de la autonomía del arbitraje.

Pues bien, no obstante a todos estos casos de vicios o errores en el procedimiento arbitral, el control jurisdiccional del arbitraje es siempre posterior al laudo. Primero se espera que el tribunal arbitral decida sobre el fondo del asunto litigioso y luego –de ser el caso– procede el control de la jurisdicción sobre él. No antes. Imagínese, si ello no fuera así, fácilmente se daría situaciones en las que una de las partes contendientes o terceros pondrían en movimiento este mecanismo de control con el propósito de evitar que el arbitraje arribe a su fin (la solución del caso a través del laudo arbitral) y con ello se pondría en peligro la utilidad y eficacia práctica del arbitraje y por ende su autonomía.



A este respecto, la Ley de Arbitraje dispone:

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

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

*Artículo 62.- Recurso de anulación.*

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

Al respecto, en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje se lee con respecto a este límite del control jurisdiccional se da ante: “[1]a

preocupación que actualmente existe en el medio acerca de la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje. Así, contempla la protección del arbitraje frente a toda clase de interferencias [...]. El control jurisdiccional se mantiene, pero se orienta a un control *ex post* del laudo y no a un control *ex ante* del laudo que frene u obstruya el desarrollo del arbitraje. Con ello se libera al arbitraje de trabas durante su tramitación, pero respetando la facultad del sistema judicial de velar por el cumplimiento de la ley y el derecho de defensa de las partes”.

En suma, la autonomía del arbitraje implica que existiendo convenio arbitral o durante el desarrollo del arbitraje ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que de cualquier manera impida el inicio del arbitraje o que lo suspenda o impida su continuación. El ejercicio de su independencia y la función arbitral, sin incurrir en ninguna forma de responsabilidad, los árbitros tiene competencia para instalarse como tribunal arbitral, dar inicio al proceso y continuarlo, examinar su competencia y dictar el laudo. El arbitraje sólo está sujeto a control jurisdiccional posterior y ordinariamente mediante el recurso de anulación del laudo. Cualquier intervención judicial o administrativa distinta y anterior al laudo conducente a ejercer un control o a interferir en el ejercicio de las funciones arbitrales está sujeta a responsabilidad y no obliga a las partes ni a los árbitros.

Asimismo, el Tribunal Constitucional también ha sentado dicho que: *“Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a*

*posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previsto en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5°, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo”<sup>331</sup>.*

- b) El control jurisdiccional del arbitraje nunca recae sobre el fondo del asunto litigioso, sino sobre aspectos de legalidad o vulneración de derechos fundamentales. Y, respecto a los derechos fundamentales, únicamente en relación a la violación del derecho a la tutela jurisdiccional y el debido proceso, toda vez *in stricto* el control jurisdiccional es sobre el laudo y no antes de él. Es un control jurisdiccional del laudo arbitral. La expedición del laudo es fuero exclusivo del tribunal arbitral, la actividad contralora de los órganos jurisdiccionales de ser estimada, es únicamente una de naturaleza nulificante y no revocatoria; y, ello es así, por cuanto si las partes optaron en el ejercicio de su autonomía de la voluntad a que el asunto litigioso sea resuelto por este mecanismo alternativo de solución de conflictos, mantienen intacto ese derecho fundamental (derecho a la justicia arbitral) aún cuando el órgano jurisdiccional haya amparado la pretensión de control sobre el arbitraje, y la única manera de garantizar la autonomía del arbitraje es dándole alcance a la actividad nulificante al control jurisdiccional y no revocatoria.

<sup>331</sup> STC N° 6167-2005-PHC/TC, Fundamento 14. Ver la sentencia en:  
<<http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>>

A este respecto el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que: *“La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje”*<sup>332</sup>.

Como afirman al respecto Lourdes FLORES NANO y Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ: *“Eso implica que los órganos judiciales solo deben advertir el vicio; su corrección corresponderá a los órganos arbitrales. Con ello, se ratifica la exclusiva competencia de estos últimos para resolver las controversias y llevar adelante los procesos arbitrales (...)”*<sup>333</sup>.

Al respecto, la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

*Artículo 62.- Recurso de anulación.*

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

<sup>332</sup> STC N° 0142-2011-PA/TC, Fundamento 21 *in fine*.

Ver la sentencia en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>

<sup>333</sup> FLORES NANO, Lourdes y VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo en: *“El amparo de terceros contra el arbitraje. Corrección de algunos males usos del arbitraje”*. Gaceta Constitucional, Tomo 71, Noviembre 2013, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pág. 253.

Una vez más, este límite al control jurisdiccional encuentra fundamento en la autonomía del arbitraje y la exclusiva competencia que el tribunal arbitral tiene para resolver el asunto litigioso en su cuestión de fondo. Ergo, significa ello que la autonomía de la justicia arbitral y el derecho fundamental de los contratantes a la justicia arbitral tiene como contenido esencial el derecho de los justiciables de esperar que sean los propios árbitros los que en forma exclusiva y excluyente se pronuncien sobre el fondo del asunto litigioso. Esta potestad de los árbitros está fuere de control por parte de la jurisdicción.

- c) El control jurisdiccional del arbitraje se da siempre base la base de determinadas causales taxativas previstas en la ley. Ello en aras del aseguramiento del principio de autonomía del arbitraje y de la no interferencia jurisdiccional, pero también teniendo en cuenta la función contralora de la jurisdicción en aras de la unidad de la justicia. Tales causales específicas se encuentran tipificadas dependiendo del tipo de proceso destinados al cumplimiento de dicha función de control, ya sea para el control de la legalidad en el arbitraje o ya sea en el control de la constitucionalidad de esta institución.

Así, al respecto la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

*Artículo 63.- Causales de anulación.*

*1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:*

*a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.*

*b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.*

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

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

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

5. *En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.*

6. *En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.*

7. *No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.*

8. *Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.*

Asimismo, en cuanto al control de constitucionalidad del arbitraje, el Tribunal Constitucional ha establecido en un reciente precedente vinculante (Sentencia N° 00142-2011-PA/TC de fecha 21 de setiembre del 2011, caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia) las siguientes reglas tanto para la procedencia como para la improcedencia de la demanda de amparo.

*“Supuestos de Improcedencia del amparo arbitral:*

a) *El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 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° 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° 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aún cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N° 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.° 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.° 26572, respectivamente.*

*d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63° [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65° [inciso 1] y 73° [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).*



e) *La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.*

f) *Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4° del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.*

#### *Supuestos de procedencia del amparo arbitral*

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

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

b) *Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.*

c) *Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N.° 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”.*

Debemos precisar que el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en tanto supremo intérprete de la Constitución (así quedó establecido por el Tribunal en el artículo 1 de su Reglamento Normativo adoptado por Acuerdo del Pleno del 14 de septiembre de 2004)<sup>334</sup>, constituye de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil una disposición de alcance general, teniendo por tanto los efectos y alcances de una ley y obliga no solo a los jueces de los distintos órganos jurisdiccionales (ordinarios y especiales) sino también a las demás instituciones del Estado que forman parte del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, así como a las propias comunidades campesinas y nativas en lo relativo a los derechos fundamentales o humanos, así como también obliga a los que cumplen la función arbitral<sup>335</sup>.

<sup>334</sup> REGLAMENTO NORMATIVO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

*“Artículo 1.- Control e interpretación constitucional.-*

*El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica”.*

<sup>335</sup> CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL:

*Artículo VII.- Precedente Vinculante.- Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia,*

- d) El control jurisdiccional del arbitraje nunca es de oficio sino a instancia de parte. Este límite garantiza una vez más la autonomía del arbitraje. El artículo 63 de la Ley de Arbitraje dispone que: “1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...)”.

Sin embargo resulta necesario precisar –en palabras de Esteban ALVA NAVARRO- que:

“[e]xiste también otro grupo de causales de anulación sobre las cuales el juez revisor puede pronunciarse sin necesidad de alegación previa de las partes, esto es, por iniciativa propia o *de oficio*. El privilegio que acompaña a estas causales, se entiende que tiene su origen en el hecho de que ellas involucran no solo intereses particulares de las partes intervinientes en el arbitraje, sino que trascienden el punto de afectar intereses de la colectividad o del Estado sede.

Por regla general, las distintas legislaciones contemplan dentro de este grupo a dos causales de anulación: el pronunciamiento sobre materias inarbitrables y la violación del orden público. No obstante, como ya hemos tenido oportunidad de apuntar, la segunda de estas dos situaciones ha sido dejada fuera del proceso de revisión judicial del arbitraje por nuestro legislador para el caso de los laudos nacionales, en un claro intento de blindar hasta el extremo la práctica del arbitraje doméstico. Como consecuencia de ello, la riqueza que en otros ordenamientos ha generado, tanto a nivel jurisdiccional como doctrinario, la tutela del orden público interno, como criterio de control judicial del arbitraje, no ha encontrado

---

*precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.*

reflejo en nuestro derecho, en donde la vinculación del orden público con el arbitraje no ha sido casi estudiada.

Pero, sea como fuere, los motivos de anulación de los cuales puede servirse de oficio el juez revisor para los laudos locales, en nuestro sistema de revisión judicial del arbitraje, han quedado reducidos sólo a uno: el pronunciamiento sobre materias que no son pasibles de arbitraje. Es éste el único camino que puede recorrer por iniciativa propia el juez que conoce el recurso de anulación (...) <sup>336</sup>.

También tratándose del proceso de amparo el artículo 39 del Código Procesal Constitucional dispone que: *El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo.* Aunque existe en la ley mayor flexibilidad y favorecimiento al demandante y al proceso de amparo en virtud de los *principios favor processus, pro homine, pro actione y pro libertatis.*

Así, según el artículo 40 del Código dispone que: *El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada. Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos. Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los*

---

<sup>336</sup> ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del Laudo. Primera Parte.* Palestra Editores. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre Volumen 14, Lima, 2011, págs. 181 - 182.

*referidos derechos. La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.*

Asimismo, el artículo 41 admite la figura de la procuración oficiosa al disponer que: *Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.*

- e) El control jurisdiccional del arbitraje está sujeto a un plazo de extinción. La interposición de la demanda para tales propósitos está sujeto a un plazo de extinción. En el ordenamiento jurídico ordinariamente el ejercicio jurisdiccional de los derechos se extinguen mediante la prescripción, la caducidad u otra forma de extinción que importe el mero transcurso del plazo en un tiempo determinado previsto en la propia ley. Sin embargo, existen situaciones específicas que la propia ley prescribe a su vez como imprescriptibles. El control jurisdiccional del arbitraje sin embargo no forma parte de dichas situaciones específica. El ejercicio de dicho control mediante la demanda correspondiente, se extinguen también por el solo transcurso del tiempo.

El artículo 64 de la Ley de Arbitraje dispone al respecto que: *“1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte*

*(20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado”.*

A este respecto, Gonzalo GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA comentando esta disposición normativa manifiesta que:

“En efecto, en cuanto a la tramitación del recurso de anulación, la LGA<sup>337</sup> disponía que debía interponerse dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral de primera instancia o en su caso el laudo arbitral de segunda instancia, directamente ante la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje. El segundo párrafo señalaba que cuanto se hubiere solicitado corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez (10) días de notificada la resolución correspondiente.

Existe aquí un primer cambio, pues la novísima norma<sup>338</sup> dispone que el recurso de anulación se deberá presentar dentro de los veinte (20) días siguientes de la notificación del laudo y existiendo rectificación, integración, interpretación o exclusión, el referido recurso se presentará dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión que resuelve estas cuestiones o, una vez vencido el plazo para su resolución sin que el tribunal arbitral haya emitido pronunciamiento”<sup>339</sup>.

Asimismo, en el caso del proceso de amparo, el Código Procesal Constitucional prescribe que:

<sup>337</sup> El autor se refiere a la derogada Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572).

<sup>338</sup> Se refiere al autor a la vigente Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071).

<sup>339</sup> GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Ver el comentario en *“Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”*. Tomo I, Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (Coordinadores), Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, pág. 723.

*“Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda*

*El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.*

*Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.*

*Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:*

- 1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.*
- 2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.*
- 3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.*
- 4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.*
- 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.*
- 6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda”.*

### 3.5. FORMAS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE: CONTROL DE LEGALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (O SIMPLEMENTE *CONTROL CONSTITUCIONAL*)

En principio, la denominación que hasta aquí venimos utilizando, es decir, la de *control jurisdiccional del arbitraje* constituye una denominación general que no corresponde a la denominación acuñada como *control judicial del arbitraje*. Con la denominación de *control jurisdiccional del arbitraje* hacemos referencia a la intervención de control que el Estado efectúa sobre el arbitraje a través de sus órganos jurisdiccionales competentes. Siendo que los órganos jurisdiccionales del Estado no solo están organizados en el Poder Judicial, sino también están el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y los de la Justicia Militar.

Pero, no todos estos órganos jurisdiccionales resultan ser competentes para el ejercicio de dicha función de control sobre el arbitraje. Más, queda claro que el control es jurisdiccional (no administrativo, no parlamentario) y es ejercido por los órganos jurisdiccionales competentes del Estado. Claro que el Estado puede a su vez ejercer tal control mediante el Parlamento (dictando por ejemplo la Ley de Arbitraje o su modificación) y el propio Poder Ejecutivo (dictando por ejemplo el reglamento, de ser el caso); sin embargo, este no es el control que desarrollamos en la presente investigación sino únicamente al control jurisdiccional sobre el arbitraje.

Ahora bien, respecto a las formas que adopta tal control jurisdiccional, la doctrina mayoritaria se refiere a dos formas de control: el *control judicial* y el *control constitucional* del arbitraje. Sin embargo, esta distinción parte de la diferenciación del órgano que efectúa el control o revisión del laudo.

Así, el control es judicial por cuanto tal función está a cargo de los órganos jurisdiccionales competentes del Poder Judicial y se efectúa específicamente a través



del recurso (o proceso) de anulación de laudo y tiene por propósito revisar la legalidad o validez del laudo arbitral.

Y, el control es constitucional cuando tal función está a cargo de los órganos jurisdiccionales especializados en lo constitucional (o en su defecto a los juzgados civiles y en defecto de éstos último a los juzgados mixtos) y del Tribunal Constitucional en última instancia, y se efectúa a través de los procesos constitucionales de la libertad, particularmente a través del proceso de amparo con el fin de tutelar el derecho de tutela jurisdiccional y el debido proceso ante supuestos de violación en el arbitraje.

De esta manera, se ha venido generalmente distinguiendo a estas dos formas de control. Nosotros, en cambio, proponemos una clasificación, si bien –también– dual, empero tal clasificación no parte de la consideración de los órganos encargados del ejercicio de tal control, sino sobre la base de la materia que es objeto del control jurisdiccional. Veamos.

En principio, la función de control jurisdiccional del Estado sobre el arbitraje lo efectúan los órganos jurisdiccionales competentes del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Son los dos únicos órganos jurisdiccionales del Estado facultados para ejercer tal control sobre el arbitraje. La función estatal de control del arbitraje es jurisdiccional por cuanto está a cargo de órganos que ejercen función jurisdiccional y que en virtud de la Constitución y las leyes corresponde al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional. Nadie más. Estos son los dos únicos órganos jurisdiccionales que ejercen control jurisdiccional sobre el arbitraje. Así, como vemos, la función de control más que judicial es de carácter jurisdiccional, a cargo de los dos órganos jurisdiccionales antes referidos como los competentes para el ejercicio de tal función.

Ahora bien, este control jurisdiccional es bifurcado en dos formas, las cuales no pueden sin embargo seguir diferenciándose –hemos dicho– en base a los órganos

jurisdiccionales a cargo de tal control: Poder Judicial (control judicial) y juzgados constitucionales y Tribunal Constitucional (control constitucional), sino en base al objeto y fines de cada forma de control.

Como decimos, tradicionalmente, se ha denominado estas dos formas de control jurisdiccional como *control judicial* (el cual se hace efectivo mediante el denominado recurso de anulación de laudo que se tramita ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, de allí la denominación de *control judicial*); y, como *control constitucional* (a cargo también de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial en primera instancia y por el Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional de definitiva, y ello básicamente a través del proceso constitucional de amparo).

Sin embargo, el Poder Judicial no solo ejerce el denominado control judicial, es decir, el control de legalidad o de validez legal del laudo arbitral, por cuanto también el control constitucional del arbitraje es ejercido por los órganos competentes del Poder Judicial cuando por ejemplo el proceso de amparo encuentra su propósito en los juzgados constitucionales sin llegar al Tribunal Constitucional. Así, la diferencia esencial entre una y otra forma de control jurisdiccional no radica en la institución que la ejerce sino en los propósitos que cada una de las formas de control persigue. Así, el llamado control judicial no es tal porque sea el Poder Judicial el que la ejerza sino esencialmente por cuanto en este propósito el recurso de anulación de laudo sirve para ejercer un control de legalidad del laudo arbitral, una revisión de su validez legal, es decir, que el laudo no sea producto de la vulneración de las disposiciones de la ley o del convenio arbitral (que es ley entre las partes, según interpretación derivado de la fuerza vinculante del contrato para las partes según el artículo 1361° del Código Civil). Aunque ciertamente, esta función de revisión de legalidad o validez del laudo arbitral se efectúa a través del recurso de anulación de laudo el cual es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, razón por la que a esta forma de control jurisdiccional (de legalidad) se le ha denominado generalmente como control judicial en razón al sujeto

que ejerce tal control: el Poder Judicial, y en razón al proceso que para ello se sirve (proceso judicial).

Al respecto la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

*Artículo 62.- Recurso de anulación.*

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

*Artículo 8.- Competencia en el control judicial.-*

*(...) 4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.*

*Artículo 63.- Causales de anulación.*

- 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:*
  - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.*
  - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.*
  - c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran*

*apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.*

*d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.*

*e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.*

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

*g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.*

*2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.*

*3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.*

*4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.*

*5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.*

6. *En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.*

7. *No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.*

8. *Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.*

Por ello, en virtud de estas disposiciones legales, el llamado control judicial es básicamente un *control de legalidad del laudo* y se ejerce exclusivamente a través del recurso de anulación de laudo, a cargo de los órganos jurisdiccionales competentes del Poder Judicial, esto es, la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.

En tanto a que el llamado *control constitucional del laudo* lo es tal, no porque sean los juzgados constitucionales los competentes para tal función o no porque el Tribunal Constitucional lo ejerza en última instancia, y no tampoco porque esta forma de control se ejerza exclusivamente a través de los procesos constitucionales, sino por cuanto a través de la institución del control constitucional, el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales competentes (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) realiza la labor de control sobre la justicia arbitral a fin de que en ella no se vulneren los derechos fundamentales de la tutela jurisdiccional y el debido y se garantice la vigencia de la Constitución y los precedentes vinculantes establecidos

por el Tribunal Constitucional. Como se reitera esta función de control se ejerce a través del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Empero, –y en ello radica el objeto central de nuestra investigación–, el control constitucional no sólo se ejercita mediante los *procesos constitucionales de la libertad* (particularmente el proceso de amparo) sino que también tal revisión de la constitucionalidad del laudo puede y debe ejercerse a través de la justicia ordinaria (Poder Judicial) y mediante el mecanismo procesal autorizado por ley para ejercer tal control, es decir, a través del recurso de anulación de laudo.

Así, tanto el proceso de amparo como el recurso de anulación de laudo resultan ser las vías igualmente idóneas para garantizar la tutela de los derechos fundamentales de la tutela procesal y debido proceso en el arbitraje y para garantizar la vigencia de la Constitución y la aplicación e interpretación debida de los precedentes vinculantes dictados por el máximo intérprete de la Constitución. El proceso de amparo constituye de este modo una vía extraordinaria y urgente, y el recurso de anulación de laudo una vía ordinaria pero igualmente satisfactoria.

Así, el control constitucional no solo lo ejerce en última instancia el Tribunal Constitucional (lo ejerce únicamente con motivo del conocimiento del recurso de agravio constitucional por denegatoria en el proceso constitucional de la demanda de amparo), como tampoco lo ejercen únicamente los Juzgados y Salas Superiores de la especialidad constitucional con motivo del conocimiento del proceso de amparo, sino que también los jueces del Poder Judicial (Sala Comercial o Civil de la Corte Superior y Sala Civil de la Corte Suprema) están llamados para ejercer tal control constitucional con motivo del conocimiento del recurso de anulación de laudo cuando en este proceso los justiciables hayan invocado la vulneración del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y/o el debido proceso, siempre que las causales invocadas por el afectado no sean susceptibles de ser tramitado en la vía urgente de amparo.

Y, en cuanto al control de legalidad, es el Poder Judicial el competente para ejercer tal control y únicamente mediante el recurso de anulación de laudo a través de sus órganos jurisdiccionales competentes. No hay otras formas de control jurisdiccional del arbitraje (o más específicamente del laudo arbitral) sino es a través del recurso de anulación de laudo y del proceso de amparo fundamentalmente.

Así, en el conocimiento de un proceso de ejecución de laudo arbitral, los jueces a cargo de este proceso (jueces especializados en lo comercial o en su defecto jueces civiles) no pueden ejercer tal control, su función está destinada única y exclusivamente a realizar actos de ejecución de lo ordenado por el tribunal arbitral en el laudo. Los actos de estos órganos jurisdiccionales son actos de intervención para complementar al arbitraje a fin de que la justicia arbitral llegue a su finalidad, no para dejar sin efecto el laudo en caso de advertir alguna causal de anulación o inconstitucionalidad del mismo.

Como lo dispone el artículo 3° de la Ley de Arbitraje: “(...) 4. *Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad*”.

Asimismo, el artículo 68° de la Ley es también claro al regular la ejecución judicial del laudo y disponer que: “(...) 2. *La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada. 3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este*

*plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo. 4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo”.*

A manera de conclusión, se puede afirmar que al Poder Judicial le compete el ejercicio del control de legalidad y el de constitucionalidad del arbitraje y, en ambos casos, lo ejerce únicamente mediante el recurso de anulación de laudo.

También se puede afirmar que el recurso de anulación de laudo constituye el instrumento procesal eficaz e idóneo para el ejercicio del control de legalidad y también del control de constitucionalidad del arbitraje. La cuestión es determinar si este proceso resulta realmente idóneo para el cumplimiento de esta última forma de control.

A los órganos que conforman la justicia constitucional (Juzgados Constitucionales y Tribunal Constitucional) les corresponde exclusivamente el control constitucional del arbitraje mediante el proceso de amparo fundamentalmente, bajo determinados supuestos establecidos recientemente por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante establecido en la Sentencia N° 00142-2011-PA/TC de fecha 21 de setiembre del 2011, caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia.



## CAPÍTULO IV

### ESTADO CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE:

### CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

#### 4.1. FORMACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: DEL ESTADO LEGAL DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En el capítulo anterior habíamos ya referido acerca de la intervención de la jurisdicción sobre el arbitraje en la modalidad de control; es decir, acerca del *control jurisdiccional del arbitraje*. Dijimos que tal control adopta las formas de *control de legalidad* y de *control de constitucionalidad*.

La primera forma de control, es decir, el de legalidad, busca garantizar el respeto de las normas jurídicas con rango de ley que en forma imperativa regulan el arbitraje y establecen los presupuestos de cómo debe desarrollarse el arbitraje, así como el respeto del convenio arbitral el cual es ley entre las partes y por ende también de imperativa.

La segunda forma de control, el de constitucionalidad, busca garantizar que en procedimiento arbitral tanto las partes como el árbitro respeten y cumplan con los principios y derechos procesales que la Constitución del Estado tiene establecido para la función jurisdiccional (derecho de defensa, de pruebas, de motivación de resoluciones, de efectividad de las resoluciones, etc.) y que conforme interpretación del Tribunal Constitucional (como supremo intérprete de la Constitución) (así quedó establecido por el Tribunal Constitucional en el artículo 1 de su Reglamento Normativo adoptado por Acuerdo del Pleno del 14 de septiembre de 2004)<sup>340</sup> es de aplicación y exigencia en cualquier mecanismo de resolución de conflictos, entre ellos en el arbitraje.

Entonces en el presente capítulo desarrollaremos latamente respecto a esta segunda forma de control jurisdiccional sobre el arbitraje, hurgando en principio acerca de los cimientos del control constitucional del arbitraje ya desde el plano estrictamente constitucional, así como también sobre el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje en nuestra Constitución.

En dicho propósito será necesario hurgar en principio –y aunque sea de manera muy escueta- la formación, fundamentos y características del Estado contemporáneo, es decir, del denominado por la doctrina como *Estado Constitucional de Derecho* o simplemente Estado Constitucional. Ello resulta muy importante por cuanto el control constitucional de los actos públicos y privados, y por ende, también del arbitraje, es una de las características propias del Estado Constitucional y no del Estado de Derecho clásico o liberal. El control constitucional del arbitraje solo opera en el Estado Constitucional de Derecho. No hay control constitucional sin Estado Constitucional.

---

<sup>340</sup> REGLAMENTO NORMATIVO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

“Artículo 1.- Control e interpretación constitucional.-

*El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica”.*

Ahora bien, ya adentrándonos respecto a la formación del Estado Constitucional, hemos de iniciar afirmando que antes del Estado contemporáneo, eran los Estados absolutistas, imperantes durante toda la edad media y moderna, en las que el Estado y el Poder estaban representados en la figura absoluta del Rey o Monarca. “*El Estado soy yo*”, se atribuye que dijo el Rey de Francia Luis XIV, mediante la cual representaba el absolutismo de su poder.

En este periodo, prácticamente los derechos de los ciudadanos o del pueblo no existían, sino únicamente lo que habían eran concesiones o gracia de parte del Rey o Monarca como consecuencia de rebeliones especialmente de la emergente clase burguesa.

Frente a ello, fruto de los grandes movimientos y revoluciones liberal-burguesas de los siglos XVII, XVIII y XIX (Inglaterra, Estados Unidos, Francia), surge el Estado de Derecho, con su cimiento ideológico-político y jurídico de los actuales Estados que rigen en casi todos los países del orbe. Este Estado sustentado en sus inicios en los principios ideológicos del liberalismo que tenían como principios filosófico-jurídicos la libertad e igualdad de los ciudadanos, así como la separación y equilibrio de poderes, diseñados por Locke y Montesquieu, encuentra su justificación ya no en la figura de un individuo como era el Rey, sino en la doctrina de la soberanía popular el cual expresa su voluntad a través de la Asamblea Constituyente (poder constituyente) y la hace efectiva a través del Parlamento (poder constituido) y la Ley. Así, el Parlamento y la Ley devienen como únicas legitimadas para expresar la voluntad del Soberano (el pueblo).

Como bien señala Luigi FERRAJOLI: “*El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de*

*legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo”<sup>341</sup>.*

Así, el Estado Legislativo o Estado Legal de Derecho estaba caracterizado en que la ley era la máxima expresión del Derecho, la que de por sí garantizaba la libertad y la igualdad de los ciudadanos, y por lo tanto la ley era sacrosanta, estaba por encima de las demás producciones del derecho, entre ellos la de los jueces y su jurisprudencia. A los jueces les correspondía únicamente aplicar la ley y tenían como único método de interpretación la exégesis. En esta época son clásicas también las palabras de MONTESQUIEU en el sentido que *“los jueces de la nación no son... más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados, sin vida que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes”<sup>342</sup>.*

Como bien afirma Gustavo ZAGREBELSKY: “En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, la idea de *Rechtsstaat*, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración”<sup>343</sup>.

<sup>341</sup> FERRAJOLI, Luigi. *“Pasado y presente del Estado de Derecho”*. En: *“Neoconstitucionalismo”*, Edición de Miguel CARBONELL, Edit. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2003, pág. 16.

<sup>342</sup> MONTESQUIEU. *Del espíritu de las Leyes*. 112.1, Edit. Tecnos, Madrid, 1995 [1748].

<sup>343</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Edit. Trotta. Octava Edición, Madrid, 2008, pág. 23.

Ahora, si bien en esta época (la del Estado Legal de Derecho) aparecieron las primeras Constituciones, sin embargo estas se caracterizaban en que las mismas eran básicamente Cartas Políticas (Constituciones *Políticas*, como tal nombre mismo lo expresa) que consagraban la estructura y separación de los poderes del Estado y un catálogo de derechos de los ciudadanos sustentados en los principios de libertad e igualdad formal. Estos primeros derechos fundamentales eran los referidos a los ciudadanos y a la relación entre éstos y el Estado (derechos políticos). Estos derechos llamados de *primera generación* representaban la relación básica o vertical entre el Estado y los ciudadanos y ordenaban básicamente al Estado *deberes u obligaciones de no hacer (dejar hacer y dejar pasar)*. Eran libertades negativas, en relación a los cuales el Estado básicamente se obligaba a no entorpecer tales derechos.

En este periodo, ciertamente, aparece la constitucionalización de los primeros derechos (civiles y políticos), más ésta es una constitucionalización correspondiente al constitucionalismo clásico o liberal, en la que no existe aún un sistema de garantías de la eficacia de tales derechos a partir de la propia Constitución sino a través de las propias leyes mediante procesos jurisdiccionales ordinarios. Tampoco se reconocen otros derechos de grupos, colectivos o clases sociales que en la realidad no encontraban sustento en los aludidos principios fundantes del Estado liberal. No existía un mecanismo jurídico ni judicial que garantice los derechos fundamentales propios reconocidos expresamente en la Constitución. Por lo tanto, si la ley no las desarrollaba entonces tales derechos reconocidos eran meras aspiraciones ideológicas y programáticas.

Ya más adelante, con el auge de la industria y de los grandes capitales, en el siglo XIX, surge una nueva clase social: el proletariado o clase obrera que frente a la burguesía o capitalistas, comienzan por la lucha de sus derechos e intereses de clase, por cuanto los clásicos principios liberales de libertad e igualdad resultaban insuficientes e ineficientes para paliar la desigualdad real existente entre ambas clases sociales. Es así que se inician grandes movimientos y luchas sociales en pos de

la reivindicación de los derechos sociales, económicos y laborales de esta nueva clase social. Estos nuevos derechos encontraron expresión jurídica en las Constituciones de Weimar de 1919 y la de Querétaro de 1917. Surgen así los conceptos de Derecho Social y Estado Social de Derecho en contraposición a los de Derecho y Estado Liberales. Se da con ello la constitucionalización de nuevos derechos (llamados derechos de segunda generación) como los derechos económicos, sociales y laborales, que antes se encontraban reconocidos a nivel legislativo.

Ahora bien, en el plano político-ideológico, surgen movimientos y revoluciones llamadas del proletariado (clase obrera) que no solo aspiran (con la ideología del comunismo) reivindicaciones constitucionales y jurídicas, sino la toma del poder a través de la revolución, pues arguyen que el Estado de Derecho tiene cimientos liberales (libertad e igualdad) y el sistema democrático lo que hace es legitimar o formalizar el poder del capitalismo. Es así que en muchos países del orbe (China, ex URSS, Albania, Alemania, Cuba, etc.) lograr instaurar los Estados Comunistas o Socialistas que ponen geopolíticamente en “jaque” al bloque de los países democráticos sustentados en el Estado de Derecho.

Es así que con motivo de la culminación de la Segunda Guerra Mundial (a mediados del siglo XX) aparecen nuevas luces ideológicas a fin de fortificar el Estado de Derecho. Las reivindicaciones de los llamados derechos de segunda generación no podían por otro lado ser desoídos. El Estado Legal de Derecho devenía en ineficiente en la protección de los derechos fundamentales, se presentó la necesidad de reconocer nuevos derechos constitucionales.

En el plano político, los grupos socialistas y comunistas pretenden aprovechar la crisis del Estado capitalista (antes liberal-burgués) y socavar desde sus cimientos a través de los mecanismos democráticos mismos, pues una de las formas de “tomar” el poder era a través del voto mismo. Frente a ello, se presenta la necesidad de limitar a la democracia misma, pero no a través de la Ley o el Parlamento, sino a través de la Constitución.

Surge así toda una construcción teórico-ideológico en respaldo de la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico: El *Neoconstitucionalismo*, el cual no es sino una forma de constitucionalismo contemporáneo, que sin dejar los fundamentos liberales del Estado de Derecho, inicia sin embargo todo un camino de incorporación, reconocimiento y garantía de una serie de derechos enarbolados por el constitucionalismo social. Asimismo garantiza que tales derechos fundamentales (liberales y sociales) queden asegurados a través de de Constituciones rígidas y de mecanismos de Control Constitucional (Tribunal Constitucional), de modo tal que ni la voluntad popular pueda modificarlos<sup>344</sup>.

<sup>344</sup> Se debe a Susanna POZZOLO el haber acuñado el término *Neoconstitucionalismo* “para denominar un cierto modo de *anti*-iuspositivista de aproximarse al derecho: una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni *post*-positivista; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs. reglas, ponderación vs. subsunción, Constitución vs. legislación, Judicial vs. Legislativo.

La oposición entre principios y reglas, constantemente rebatida en la literatura neoconstitucionalista, sí ha servido para subrayar la distancia con el positivismo jurídico, al mismo tiempo que ha permitido la apertura de una mesa analítica de discusión que ha contenido las tendencias metafísicas de las primeras elaboraciones y suscitado interesantes reflexiones sobre el razonamiento jurídico. Como es sabido, mientras las reglas se caracterizan por construirse sobre datos formales y, por tanto, tienen un *pedigree* que les permite un control de validez, los principios derivan su validez de la importancia, de la razonabilidad, de vehicular valores y otras características similares. El Derecho del Estado constitucional se distancia del legalista justamente por la presencia de los principios. Se trata de una mutación ‘genética’, que parte del Estado de Derecho decimonónico y llega hasta el Estado constitucional de Derecho.

La oposición entre ponderación y subsunción depende de la peculiar naturaleza y papel de los principios del sistema jurídico. Mientras la subsunción, considerada –erróneamente o con razón– como propia del iuspositivismo, estaría pensada y concebida para un Derecho formado exclusivamente por reglas, la ponderación –que no emplea instrumentos estrictamente deductivos, sino solo los más dúctiles instrumentos equitativos, o de razonabilidad práctica– sería la propia de un derecho compuesto (también y sobre todo) por principios (especialmente penetrantes). Si bien no hay una definición unívoca, la ponderación puede ser por ahora entendida como una técnica dirigida a equilibrar los valores incorporados por el derecho, teniendo en cuenta las necesidades de justicia que surgen en cada caso concreto.

La Constitución no es simplemente un nivel más en la pirámide. Está pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación. Su contenido literal pierde fuerza vinculante para el intérprete en favor de una aproximación moral (...).

La oposición entre jurisdicción y legislación se traduce en la juridificación de toda cuestión política: no queda espacio libre para la voluntad del legislador. Con una constitución que encamina al legislador, que lo guía y dirige, es decir, con una Constitución sustancialmente regulativa, el Poder



Así, como afirma Miguel CARBONELL: “El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Son ejemplos de este tipo de Constituciones los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después”<sup>345</sup>.

Surge así el Estado Constitucional de Derecho (o simplemente Estado Constitucional), basado ya no en la supremacía de la ley ni del Parlamento, sino básicamente en la Supremacía de la Constitución y la de los jueces. Se presenta, a su vez, el fenómeno de la constitucionalización de casi todas las áreas del derecho, como única forma jurídica de reivindicación y efectividad de los derechos de todas las clases y colectivos sociales en una sociedad democrática.

En suma, como apunta acertadamente Marina GASCÓN ABELLÁN: “[s]uele decirse que el Estado constitucional es un estadio más de la idea de Estado de derecho; o mejor, su culminación: si el Estado legislativo de derecho había supuesto la sumisión de la administración y del juez al derecho, y en particular a la ley, el Estado constitucional de derecho supone que también el legislador viene sometido al derecho, en este caso a la Constitución. Podría decirse, pues, que el Estado constitucional de derecho incorpora, junto con el principio de legalidad, el principio de constitucionalidad....”<sup>346</sup>.

---

Legislativo no sirve más que traducir en normas los principios superiores; en este caso, el Poder Judicial puede sustituirlo sin ninguna usurpación de poder ya que se trata de una mera aplicación. La democracia se expresa –o, más bien, se sublima- a través de la aplicación de los valores enunciados en el texto fundamental” (POZZOLO, Susanna. “Notas al margen para una historia del neconstitucionalismo”. En: *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Susanna Pozzolo (Editora). Palestra Editores, Lima, 2011, pág. 16 a 18).

<sup>345</sup> CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Edit. Trotta, Madrid, 2003, pág. 9.

<sup>346</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Justicia Constitucional: Invasión del ámbito político”. En: “*La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*” (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho) (Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea,



Luigi FERRAJOLI describe el Estado Constitucional de Derecho como un nuevo paradigma que tiene su origen en el Estado legislativo de Derecho. Afirma que:

“Si este primer cambio de paradigma del Derecho se produjo con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho positivo existente, un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma –garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad- a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Lo que se ha traducido también en tres alteraciones del Estado legislativo de Derecho, en los mismos planos en los que se había verificado el precedente.

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de su contenido de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el Estado constitucional de Derecho la

---

Coordinadores), Tomo I (Teoría General del Derecho Procesal Constitucional), Edición Peruana, Grijley, Lima, 2009, pág. 576.

Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falte.

Hay, finalmente, una cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo rígido. La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa (...)”<sup>347</sup>.

## 4.2. CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado Constitucional de Derecho sustentado en la ideología del *Neoconstitucionalismo*<sup>348</sup> y expresado jurídicamente en el fenómeno indetenible de

<sup>347</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob.Cit.*, págs. 18 – 19.

<sup>348</sup> Al respecto, Luis PRIETO SANCHIS afirma que: “*Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces, también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican a un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos*

la (neo)constitucionalización de los derechos<sup>349</sup> cuenta con características particulares que permiten identificarlo y distinguirlo de su antecesor Estado Legal de Derecho; a saber<sup>(350) (351)</sup>:

#### 4.2.1. Separación y control de poderes

A diferencia del Estado Legal de Derecho donde se hacía la distinción clásica entre los poderes legislativos, ejecutivo y judicial, en el Estado Constitucional de Derecho, la denominada separación de poderes se da en forma distinta. Si bien es cierto en ambos casos se mantiene la división primaria y fundamental entre el poder constituyente y los poderes constituidos, y en la que el Parlamento se atribuía la representatividad de la soberanía popular; en el Estado Constitucional de Derecho,

---

*de una presuntamente nueva cultura jurídica. Creo que son tres las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada".* En: "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". "Neoconstitucionalismo(s)", Edición de Miguel CARBONELL, Edit. Trotta, Madrid, 2003, pág. 123.

<sup>349</sup> Susanna POZZOLO afirma al respecto que: "Esta perspectiva constitucional contribuye al fenómeno que ha sido denominado como 'constitucionalización del ordenamiento jurídico'. Con ello me refiero a un proceso dirigido a tornar la Constitución particularmente penetrante y capaz de condicionar sea a la legislación, a la jurisprudencia y a los actores políticos. La Constitución, en suma, asume la labor de remodelar las relaciones sociales y no más aquel de preservar el máximo de legalidad". Ver en: "Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico". Palestra Editores, Lima, 2011, pág. 69.

<sup>350</sup> Respecto a tales características recogemos lo expuesto por el profesor Javier CABRERA LEONARDINI, en: <<http://fderecho.wordpress.com/2009/10/23/el-estdo-constitucional-de-derecho-y-la-vigencia-de-los-valores-en-el-ordenamiento-juridico/>>

<sup>351</sup> En el mismo sentido, Riccardo GUASTINI se refiere a las condiciones de la constitucionalización en el Estado Constitucional de Derecho, presentando una lista de siete condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como "impregnado" por las normas constitucionales; a saber: 1° Una Constitución rígida; 2° La garantía jurisdiccional de la Constitución; 3° La fuerza vinculante de la Constitución; 4° La "sobreinterpretación" de la Constitución; 5° La aplicación directa de las normas constitucionales; 6° La interpretación conforme de las leyes; y, 7° La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Ver en tal sentido a: GUASTINI, Riccardo. "La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: Caso Italiano". En: "Neoconstitucionalismo(s)", Edición de Miguel CARBONELL, Edit. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2003, págs. 49-58.

no se permite a ningún poder la facultad de tomar decisiones absolutas, ya que la validez de las mismas va a depender de su adecuación con la Constitución. Todos los poderes del Estado e incluso de los particulares deben ejercerse dentro de los límites fijados por la Constitución, siendo los Tribunales Constitucionales quienes jurídicamente tienen la misión de mantener y defender jurisdiccionalmente la constitucionalidad al resolver los conflictos entre los poderes constitucionales del Estado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

*“[q]ue conforme a los artículos 3° y 43° de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado Democrático y Social de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.*

*Sin embargo, la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes.*

*El principio de separación de poderes persigue pues asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en*

*la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38°, 45° y 51°)*

*Por lo tanto, queda claro que el principio de separación de poderes no sólo resulta un parámetro del Estado destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que lo conforma, sino que, de acuerdo con su evolución, actualmente también implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones”<sup>352</sup>.*

#### **4.2.2. Carácter normativo y vinculante de la Constitución y su supremacía sobre la ley y sobre todo el ordenamiento jurídico**

En el Estado Legal de Derecho, el Derecho era identificado con la ley o con las normas dictadas en función de una ley. Incluso hasta los mismos derechos constitucionales, pues en relación a ellos no se conocían remedios a sus posibles contravenciones por parte de los poderes públicos. Sólo al Parlamento en cuanto representaba la soberanía popular en el desarrollo de su función legislativa, se le reconocía competencia para interpretar de la Constitución.

En el Estado Constitucional de Derecho no sucede esto. Al elevarse la Constitución al mundo de las normas jurídicas vinculantes e incorporar el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y sobre todo el ordenamiento jurídico, se origina la consiguiente anulación de las normas en la medida que en su totalidad o en algunos de sus preceptos no se adecuen a la norma constitucional. Esta primacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, en primer lugar, en la doctrina adoptada por Kelsen y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación a través de la ley,

---

<sup>352</sup> STC N° 0005-2006-AI/TC, Fundamentos Jurídicos 12-15. Ver sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI.html>

el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución, es decir, en el Estado Constitucional de derecho, todo el orden jurídico deriva de la Constitución y queda legitimado por su concordancia directa o indirecta con la Constitución.

En el Estado Constitucional de Derecho la Constitución es elevada al mundo de las normas jurídicas y por ende gozan de exigibilidad en todo su contenido. Como bien afirma Enrique ÁLVAREZ CONDE “[l]a Constitución es una norma de aplicación directa, es auténtico Derecho”<sup>353</sup>.

La Constitución deja de ser política y deviene en una Norma del sistema jurídico y por ende vinculante tanto para el Estado como para todos los particulares. Pero no la Constitución no es cualquier norma del sistema jurídico, no es solo la norma fundante sino la suprema en todo el ordenamiento jurídico. Se incorpora de este modo el *principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y sobre todo el ordenamiento jurídico*, se origina la consiguiente anulación y expulsión del ordenamiento jurídico de las normas en la medida que en su totalidad o en algunos de sus preceptos estas no se adecue o se opongan a la Norma Constitucional. Esta supremacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, en primer lugar, en la doctrina adoptada por Kelsen y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación a través de la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución, es decir, en el Estado Constitucional de Derecho, todo el orden jurídico deriva de la Constitución y queda legitimado por su concordancia directa o indirecta con la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha establecido al respecto que:

*“9. La Constitución, en la medida que contiene normas jurídicas, es fuente del derecho. Como bien expone Francisco Balaguer Callejón: La Constitución*

---

<sup>353</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 162.

*contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas (BALAGUER CALLEJON, Francisco. Fuentes del Derecho. T. II, Madrid: Tecnos, 1992, pág. 28).*

*La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de normas y, por tanto, la producción misma del ordenamiento normativo estatal.*

*El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes (...).*

*La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38 y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución).*

*En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículo 38, 45 y 51-, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho y serían tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla (Caso Ley de la Barrera electoral, Exp. N° 00030-2005-PI, fundamentos 40 y 42)”<sup>354</sup>.*

---

<sup>354</sup> STC N° 00047-2004-PI/TC, fundamento jurídico 9. Ver sentencia en:  
<<http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>>

#### 4.2.3. Fuerza normativa de la Constitución y su obediencia por la totalidad de los poderes públicos y de los particulares

Es propio del Estado Constitucional de Derecho que todos los poderes públicos particularmente los poderes legislativo, ejecutivo y judicial estén sujetos a la Constitución, es decir, que actúen dentro de los límites fijados por la constitución sin invadir la esfera de autodeterminación de las personas y la de autorregulación de la sociedad. También le señala la Constitución a cada uno de ellos sus límites frente a las competencias atribuidas a los demás órdenes constitucionales.

Pero la subordinación a la Constitución no solamente alcanza a las entidades públicas, sino que se hace extensiva a los particulares, quienes en su facultad autorreguladora tienen la obligación de respetar los preceptos constitucionales y en su calidad de ciudadanos deben obligatoriamente defender la constitución.

A este respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que: “*La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y lo constitucional derivará de su incorporación en la Constitución*” (Caso Villanueva Valverde, STC N° 0168-2005-PC/TC, fundamento 3)<sup>355</sup>.

Asimismo, con respecto a la Supremacía Constitucional ha dicho que: “[*todos los poderes constituidos están por debajo de la Constitución; de ahí que se pueda señalar que lex superior y, por tanto, obliga a todos por igual tanto a gobernantes como gobernados, incluida la administración pública tal como lo ha señalado este Tribunal Constitucional en Sentencia anterior*” (STC N° 0042-2004-PI/TC, fundamento 8)<sup>356</sup>.

<sup>355</sup> LANDA ARROYO, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2010, pág. 123.

<sup>356</sup> LANDA ARROYO, César. *Ob. Cit.*, pág. 129.



#### 4.2.4. Rigidez constitucional

Este carácter del Estado Constitucional de Derecho importa que la Constitución por ser la Norma Fundamental de toda sociedad organizada debe ser estable de modo que sea capaz de establecer los principios y valores que irradie en un tiempo duradero todo el ordenamiento jurídico-social y pueda la sociedad y la persona humana los propósitos de su existencia digna, y políticamente resulta a su vez necesario preservar el *statu quo* y pueda mantener el sistema económico-social y político en el poder.

De este modo el Estado Constitucional de Derecho diseña un modelo rígido o casi imposible de modificación de las disposiciones constitucional, menos su cambio. E inclusive establece una suerte de “candado de fuerza” disponiendo en la propia Constitución disposiciones que no pueden ser objeto de modificación constitucional, son las llamadas por la doctrina como *Cláusulas pétreas o intangibles* en tanto a que llevan en sí el espíritu de la Constitución, es decir aquella en las que se plasman la ideología y el sistema político del Estado. De modo que en estos extremos ni el propio Poder Soberano (el Pueblo) pueda incluso derogarla a través de mecanismos democráticos establecidos.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que no obstante a que en la actual Constitución no ha establecido límites materiales expresos para toda reforma constitucional (o cláusulas pétreas), sin embargo ha reconocido la existencia de límites materiales implícitos, que “[s]on aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aún cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la ‘la destrucción’ de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma

*republicana de gobernó, y, en general, régimen político y forma de Estado” (STC N° 0014-2002AI/TC, fundamento 74-76)<sup>357</sup>.*

#### **4.2.5. Control de constitucionalidad de las leyes y de todo el ordenamiento jurídico.-**

Bien afirma Elena HIGHTON que el control de constitucionalidad *“constituye la principal herramienta de control del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional”*<sup>358</sup>.

Efectivamente, es con el mecanismo de control de constitucionalidad que el Estado Constitucional de Derecho asegura la supremacía constitucional. Este control constituye un mecanismo jurisdiccional a través del cual ciertos funcionarios, órgano u persona facultados por ley puede y debe en términos generales expulsar del ordenamiento jurídico una determinada ley o norma de rango inferior que se contraponga o entre en conflicto con las disposiciones constitucionales ya sea en la forma o en el fondo (control concentrado o abstracto), o también inaplicar una determinada ley o norma de rango inferior por ser contradictoria con la Constitución (control difuso o concreto). Es de este modo que la Supremacón de la Constitución queda garantizada de modo que no pueda validez ni eficacia cualquier norma que se opongan a las disposiciones de la Constitución.

Como afirma Karl LOEWENSTEIN en su *Teoría de la Constitución*, *“el control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y cuando se impone frente a los detentadores del poder, es en realidad, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman ejercer su derecho de control, dejan de ser menos órganos encargados de ejecutar la decisión política, y se convierten por su propio*

<sup>357</sup> LANDA ARROYO, César. *Ob. Cit.*, págs. 159-160.

<sup>358</sup> HIGHTON, Elena I. *“Sistemas concentrado y difuso del control de constitucionalidad”*. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>

*derecho en detentadores semejantes, cuando no superiores a los otros detentadores del poder constituido*”<sup>359</sup>.

#### 4.2.6. Establecimiento de una jurisdicción constitucional

En el Estado Constitucional de Derecho, al ser la Constitución una norma rematerializada con contenido de derecho sustantivo y no solo formales, y al ser a su vez una norma que se erige como superior sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, resulta lógico que para la garantía y efectividad de tales características de la Constitución, pueda y deba ser recurrible jurisdiccionalmente, pero no a través de procesos ordinarios, sino a través de procesos especialmente diseñados en la propia Constitución y las leyes de desarrollo.

El carácter normativo de la Constitución exige su eficacia y garantía a través de una jurisdicción constitucional a cargo de jueces especialmente capacitados para tal propósito y a través de un Tribunal Constitucional que tenga por función principal ejercer el control de constitucionalidad tanto de las leyes como de los actos públicos como de los propios particulares.

Luis PRIETO SANCHÍS expresa al respecto que: “La garantía judicial no es más que una consecuencia de tomarse en serio la fuerza normativa suprema de la Constitución: si esta es una norma, su exigibilidad puede hacerse valer ante los órganos específicamente encargados de esa tarea, es decir, ante los jueces, que a su vez han de ostentar competencia para el control sobre las demás normas del sistema (...)”<sup>360</sup>.

<sup>359</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Segunda Edición, Barcelona, Ariel, 1970, pág. 309.

<sup>360</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Edit. Trotta, Madrid, 2013, pág. 27.

Sin embargo, este control constitucional no sólo puede ser ejercitado a través de la jurisdicción especializada en justicia constitucional ni por el Tribunal Constitucional, ni solo a través de los llamados procesos constitucionales de la libertad, sino también –como bien afirma PRIETO SANCHÍS–: “Lo decisivo es por ello la aplicación directa de los derechos por parte de los jueces ordinarios, lo que significa que la Constitución desborda los límites del ‘mundo político’ y de la relación entre los poderes para invadir el conjunto del ordenamiento”<sup>361</sup>.

Finalmente, para Miguel CARBONELL: “[E]n el paradigma neoconstitucional los jueces cobran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales (...). El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado antes”<sup>362</sup>.

El Tribunal Constitucional también ha dejado claramente establecido que:

*“A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias.*

*Es por ello que el artículo 45° de la Constitución dispone que el poder del Estado emana del pueblo y todo aquel que lo ejerce lo debe hacer con las*

<sup>361</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ob. Cit.*, pág. 28.

<sup>362</sup> CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”. En: “El canon neoconstitucional”. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Editores), Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010, pág. 163.

*limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Consiguientemente, velar por el respeto de la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 2° del CP Const.) no son funciones que competan de modo privativo al Congreso de la República, sino que las comparten, in suo ordine, todos los poderes públicos.*

*De ahí que el artículo 38° prevea el poder-deber de los jueces de preferir la Constitución a las leyes en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas (control difuso); y de ahí que los artículos 200°, inciso 4; 201°, inciso 1; 203°; y, 204° hayan regulado el proceso de inconstitucionalidad ante el TC, confiriendo a éste la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes viciadas de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarlas de conformidad con la Constitución (control concentrado). Las sentencias emitidas en este proceso tiene efectos generales, vinculadas a todos los poderes públicos y adquieren la calidad de cosa juzgada (artículos 81° y 82° del CP Const.).*

*De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a 'la mayoría', se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.*

*Este poder de la jurisdicción constitucional (control difuso y concentrado de las leyes) conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad lo incompatibilidad entre ambas”<sup>363</sup>.*

---

<sup>363</sup> STC N° 00030-2005-AI/TC, fundamentos jurídicos 42-45. Ver la sentencia en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.html>

#### 4.3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La constitucionalización de los derechos, no es sino una de las características del Estado Constitucional que ha supuesto el establecimiento progresivo del concepto del respeto a la dignidad humana en todas las normas del Derecho. Entre mayor sea la constitucionalización del ordenamiento jurídico, más extensos y profundos serán los efectos en la transformación y actualización de las normas que regulan las relaciones jurídicas.

Según Henry Alexander MEJÍA refiriéndose a la evolución del proceso de constitucionalización de los derechos y citando a André HAURIOU:

“[e]xisten cuatro grandes movimientos o periodos, comienza a finales del siglo XVIII, cuando no se ha extendido por el mundo de modo progresivo y continuo ni de igual manera, o sea que el proceso de constitucionalización se ha desarrollado por movimientos sucesivos o consecutivos revolucionarios o de guerras mundiales, estos son:

##### a. Primer movimiento

Este periodo comienza con la declaratoria de independencia de los Estados Unidos de América, el 4 de julio de 1776, y su constitución que data de 1787, seguido de la revolución Francesa más vigorosa y fuerte, aunque influenciada por los movimientos ingleses. Estos movimientos producen sus frutos y se crean las diversas constituciones en Europa, inspiradas en los principios siguientes:

- a) El reconocimiento de libertades del hombre que lo permitan actuar en el ámbito social político tales como: libertad igualdad y justicia;
- b) Igualdad en todas las esferas sobre todo igualdad ante la ley;

- c) El reconocimiento del sufragio universal, que le permite participar a los individuos en plano político, para elegir a su gobernante, aunque no se dio de manera plena;
- d) La confianza del sistema representativo de gobierno, es decir la confianza en el elegido para representar no sólo a sus electores, sino también a la nación, y en conjunto para representar todos los intereses.

#### b. Segundo movimiento

Inicia con la revolución de 1830 tuvo directamente una enorme influencia sobre el movimientos constitucional europeo, más significativa que del 1848, aunque esta última mayor resonancia por la conciencia popular, la cual provocó cambios profundos en Polonia, Alemania e Italia. La revolución francesa de 1830 constituyó el origen de la constitución Belga de 1831, que proponía un tipo claro y bien equilibrado de la monarquía parlamentaria, teniendo influencia en los sistemas anglosajones y españoles. Aunque en Francia se consolida la liquidación de la monarquía hasta 1848, con la instauración de la segunda república.

Otro de los aspectos, es que en 1848, se manifiestan las inconformidades contra el sistema liberal, que trajo consigo marginación y explotación obrera, y es así surgen las ideas socialistas, a fin de reivindicar los derechos del proletariado, teniendo como máximo exponente “el Manifiesto Comunista” de Federico Engels y Marx. Por tanto, los trabajadores obtienen legislación social que le reconocieran principios favorables a su clase.

#### c. Tercer movimiento

Después de la caída de los imperios centrales y hundimiento del imperio ruso, surgieron las constituciones de Alemania de Weimar de 1919, (que reconoce por vez primera a nivel constitucional los derechos laborales) la Constitución Española de 1931, (que tuvo que democratizar sus ordenamientos), pero de manera prominente la Constitución Rusa en 1917, en virtud de la revolución

Bolchevique, las Constituciones de Polonia y Yugoslavia, en 1921 y luego las que surgieron en las democracias populares como China. En América latina en 1917, la Constitución de México sancionada en Querétaro. Esto trajo como consecuencia el reconocimiento lo que, ahora conocemos como derechos sociales (educación, salud, y derechos laborales) que tenían que ser prestados y garantizados por el Estado, lo cual amplía la concepción impuesta en la revolución francesa en 1789, donde únicamente reconocía los derechos individuales. Esta época se le llamó el constitucionalismo social, por la preocupación del Estado, en la cuestión social de los pueblos, además le denominaron las “constituciones de profesores”, porque prácticamente fueron hechas por catedráticos de prestigio como PREUSS en Alemania, POSADA en España, y KELSEN en Austria.

#### d. Cuarto movimiento

Consecutivo a la segunda guerra mundial: podemos considerar en esta última los acontecimientos siguientes:

- a) La consolidación de las ideas socialistas en Europa del Este, que dan origen a constituciones que cambian radicalmente su forma de gobierno, tales como Checoslovaquia, Hungría, Polonia, y Rumania, a fin de formar parte del Bloque soviético.
- b) La creación de la ONU, en 1945, que hace un reordenamiento de la sociedad mundial, seguida de la Declaración de Universal de los Derechos Humanos, en 1948, todo con el objeto de internacionalizar la protección de los derechos fundamentales de toda la humanidad.
- c) La descolonización de los países asiáticos y africanos, que pasa además por los países caribeños, en consecuencia, nacen cerca de 90 países posterior a la segunda guerra mundial, aunque hay que hacer notar que no todos tuvieron de fuente su independencia, sino desmembración de territorios



como sucedió en Vietnam y Corea (sur y norte), respectivamente. En virtud, de esta expansión, ya no hay más Estados que constitucionalizar”<sup>364</sup>.

Riccardo GUASTINI presenta una lista de siete condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como “impregnado” por las normas constitucionales; a saber:

“1) *Una Constitución rígida*. Una Constitución es rígida si y sólo sí, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación ‘ordinaria’, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes) (...).

2) *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. (...). Es obvio que la rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución. Ahora bien, en la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos el órgano competente para ejercer tal control es un órgano jurisdiccional o semi-jurisdiccional.

Es claro que, en los ordenamientos contemporáneos, existen sistemas de control muy diversos, que pueden ser evaluados desde el punto de vista de su eficacia. A grandes rasgos, se pueden distinguir tres modelos fundamentales:

a) Primer modelo (como ejemplo, Estados Unidos): control *a posteriori* (por vía de excepción) y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional (...).

<sup>364</sup> MEJÍA, Henry Alexander. *Evolución Histórica del Derecho Constitucional*. Ver versión electrónica en:

<http://www.henryamejia.site11.com/docs/EHC/EVOLUCION%20HISTORICA%20DEL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20para%20la%20UGF.pdf>

b) Segundo modelo (Francia): control *a priori* (por vía de acción) y, por lo tanto, *in abstracto*, ejercido por un Tribunal Constitucional (o por un órgano similar). Este tipo de control teóricamente impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor. Pero el control *in abstracto* no puede asegurar una total conformidad de las leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre puede ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos.

c) Tercer modelo (Alemania, Italia, España, etc.): control *a posteriori* (por vía de excepción) y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por un Tribunal Constitucional. Este tipo de control, siendo *a posteriori*, no puede impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales. Por otra parte, la decisión del Tribunal Constitucional, que declara la ilegitimidad constitucional de una ley, está provista de efectos generales *erga omnes*. En otras palabras: la ley es anulada en definitiva y ya no puede ser aplicada por juez alguno.

3) *La fuerza vinculante de la Constitución.* (...). En suma, según ciertas doctrinas, las Constituciones no son más que un ‘manifiesto’ político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales –carentes de cualquier efecto inmediato- sino sólo las normas que se recogen por las leyes.

Pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional –independientemente de su estructura o de su contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

4) *La ‘sobreinterpretación’ de la Constitución.* La cuarta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución: los jueces (especialmente

el Tribunal Constitucional, en caso de que tal tribunal exista), los órganos del estado en general y, naturalmente, los juristas (...).

Toda Constitución es un texto –muy largo que sea, aun así- ‘finito’, completo, limitado. Toda Constitución –fatalmente- contiene lagunas, en el sentido, del todo trivial, de que nunca jamás una Constitución puede regular la vida social y política en su totalidad (...).

Pues bien, una condición importante de constitucionalización es precisamente la sobreinterpretación del texto constitucional. Cabe decir que la sobreinterpretación de la Constitución presupone que la Constitución misma sea entendida como vinculante. Existe pues un nexo muy estrecho entre la tercera y la cuarta condiciones de constitucionalización.

5) *La aplicación directa de las normas constitucionales.* (...) En la concepción liberal clásica la función de la Constitución es limitar el poder político (estatal) (...). Según esta concepción, las normas constitucionales no regulan en modo alguno las relaciones ‘entre particulares’, es decir, las relaciones sociales de los ciudadanos entre sí, que son determinadas claramente por la legislación ordinaria (especialmente por el Derecho civil y por el Derecho penal). Las normas constitucionales regulan la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Por lo tanto, las normas constitucionales no son susceptibles de aplicación directa (...) por parte de los jueces en las controversias que oponga un ciudadano, no frente al Estado, sino frente a otro ciudadano. Los jueces no deben aplicar más que la ley: la Constitución no es apta para producir efectos en la vida social sino después de haber sido ‘concretizada’ por leyes.

Por el contrario, en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales –

sobre todo los principios generales y las normas programáticas- producen efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o por que la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta (...).

6) *La interpretación conforme de las leyes.* (...). No existe un texto normativo que tenga un solo significado, determinado antes de la interpretación. Dicho de otro modo, ningún texto normativo es susceptible nunca de una sola interpretación (...). Evidentemente, toca al juez elegir la interpretación ‘correcta’, en el sentido de que es su tarea decidir cuál interpretación es preferible. El juez puede, por consiguiente, elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición en cuestión de la primera forma y, por consecuencia, considerarla inconstitucional, o, bien, interpretarla de la segunda forma y considerar, por tanto, que es conforme con la Constitución.

Ahora bien, a esta segunda interpretación se le suele llamar ‘conforme’ (pero debemos decir ‘adecuada’ o ‘armonizante’): (...). La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa –el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otras forma, debería ser declarada inconstitucional (...).

7) *La influencia de la Constitución en las relaciones políticas.* La última condición no es fácil de precisar. Ésta depende de diversos elementos, entre los cuales se puede mencionar: el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces (sobre todo del Tribunal Constitucional, cuando existe tal

tribunal), la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos (...)<sup>365</sup>”.

Por su parte, Alfonso GARCÍA FIGUEROA denomina ‘constitucionalización’:

“[a]l proceso y al resultado de la transformación del Derecho causada por la Constitución (...). Como acabo de señalar, la constitucionalización del ordenamiento jurídico no se ha limitado a transformar el Derecho, sino que se predica también del estilo de pensamiento de juristas y teóricos del Derecho. La constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al ‘constitucionalismo’. Se ha denominado genéricamente ‘constitucionalismo’ (y más precisamente ‘neoconstitucionalismo’ con el fin de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas.

En el desarrollo de este constitucionalismo han influido poderosamente ciertos aspectos implícitos en la constitucionalización recién señalada. Entre ellos cabe destacar un aspecto material, un aspecto estructural y un aspecto político.

1) El aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales. En otras palabras, el Derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha rematerializado. El aspecto material de la constitucionalización ha tenido así a forzar entre los juristas un concepto no positivista de Derecho en el que el sistema jurídico está vinculado a la moral conceptualmente. Seguramente éste sea uno de los elementos que distinga al constitucionalismo actual (neoconstitucionalismo) de

---

<sup>365</sup> GUASTINI, Riccardo. *La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Ver en: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Edit. Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2003, págs. 50 – 57.

sus versiones precedentes. El constitucionalismo tradicional era sobre todo una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del derecho opuesta al positivismo jurídico como método.

2) El aspecto estructural de la constitucionalización del ordenamiento tiene que ver con la estructura de las normas constitucionales. El aspecto funcional se expresa a través del tipo de argumentación que éstas fomentan.

a) Los principios constitucionales permiten por su particular estructura expandir inmensamente su ámbito de influencia. Alexy habla en este sentido de una ‘omnipresencia de la Constitución’ que incide sobre el ordenamiento y sobre la aplicación del ordenamiento.

En primer lugar, incide sobre todo el ordenamiento jurídico, que se encuentra ‘impregnado’ por los principios constitucionales. En expresión del Tribunal Constitucional alemán, se produce un ‘efecto de irradiación’ de los principios constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico, cuya interpretación se somete a los principios constitucionales. En segundo lugar, incide sobre la aplicación del derecho, pues los principios constitucionales son capaces de disciplinarlo todo, amplían la aplicabilidad del sistema jurídico, de modo que nada queda fuera de su calificación deóntica. Ya hemos visto que Riccardo Guastini se refiere a este fenómeno como ‘sobreinterpretación de la Constitución’: ‘no existen espacios vacíos –esto es, libres- del Derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (...) no existe, pues, lugar para la discreción legislativa’.

b) Bajo su aspecto funcional, los principios constitucionales alientan una forma distinta de aplicar el Derecho, la ponderación. Tal ponderación remite necesariamente a un razonamiento jurídico complejo cuyas premisas van más allá del Derecho legal y cuya aplicación no responde propiamente al esquema

subsuntivo de la aplicación del Derecho como se había concebido tradicionalmente (...).

3) En términos políticos, tanto el aspecto material como el estructural y funcional del sistema jurídico constitucionalizado presentan consecuencias importantes en la relación de fuerzas de los poderes del Estado. La consecuencia más importante consiste en la acentuación del desplazamiento del protagonismo desde el Legislativo hacia el Judicial. Alexy habla en este sentido de la ‘omnipotencia de los Tribunales’ en el Estado constitucional.

Esta transferencia de poder hacia el Judicial ha sido considerada por algunos como una grave lesión al principio democrático. Es objetivo prioritario del Estado de Derecho la restricción del poder susceptible de un ejercicio arbitrario y el Estado constitucional pretende reforzar esta restricción con la incorporación de ciertos derechos, que deberían significar una restricción del poder del legislador y, transitivamente, del juez.

Sin embargo, esto no sucede exactamente así. La razón consiste en que los principios constitucionales presentan una ‘naturaleza bifronte’: por un lado constituyen un límite en la medida en que encierra un núcleo de significado irrenunciable, pero al mismo tiempo su ponderación confiere un mayor margen de discreción (...)”<sup>366</sup>.

Ahora bien, la constitucionalización de los derechos se presenta a su vez en el derecho privado. A este respecto, Hernán CORRAL TALCIANI expresa que:

“La constitucionalización del derecho privado es un fenómeno que comienza a conceptualizarse por primera vez en Alemania en la década de los sesenta del

---

<sup>366</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Teoría del derecho en tiempos del Constitucionalismo*. En: *Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell (Editor). Edit. Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, Madrid, 2003, págs. 163 – 168.

siglo XX. Allí se producen las primeras discusiones sobre si la Constitución puede aplicarse a las relaciones entre particulares, y se discute si se trata de una aplicación indirecta, (sea a través de leyes que desarrollan los mandatos legislativos o por medio de las cláusulas abiertas o indeterminadas por las cuales las leyes permiten al juez recurrir a valores constitucionales), o una aplicación directa, en la cual la misma disposición constitucional asume la función de norma *decisoria litis* con prescindencia de la norma legal.

La cuestión es planteada con fuerza en el derecho italiano. Los iusprivatistas italianos se vieron ante el desafío de aplicar el Código Civil de 1942, promulgado por el régimen fascista, ahora bajo la Constitución democrática de 1946. La tesis de la constitucionalización del derecho privado les permitió propiciar que, con algunas derogaciones puntuales, el Código podía seguir siendo útil, dada su reconocida calidad técnica, si se le hacía objeto de una relectura a la luz de los nuevos valores y principios políticos.

De Italia y Alemania la idea de la constitucionalización del derecho privado se ha extendido a toda Europa con mayor o menor fuerza. También hay un proceso análogo en el *common law* de los Estados Unidos, por obra de la labor de control constitucional de los estatutos de los Estados que realiza la Corte Suprema (...).

La aplicación de la Constitución a las relaciones del derecho privado es algo que hoy por hoy no puede discutirse. Se sostiene que es posible una aplicación directa, sin necesidad de que exista una ley ordinaria que concrete o desarrolle el texto constitucional, y también una aplicación extensiva u horizontal: los derechos y principios constitucionales no son sólo oponibles a los órganos estatales sino también a los particulares, ya que estos están también obligados a cumplir las disposiciones de la Constitución. En efecto, el art. 1° inc. 4 y el art. 6 inc. 2, ponen de relieve que la Constitución obliga no sólo al Estado sino a todas las personas. Por su parte, la acción constitucional de



protección puede interponerse frente a los actos u omisiones cometidos por particulares en lesión de los derechos constitucionales protegidos (art. 20).

Además muchas normas constitucionales tienen incidencia directa en la conformación del sistema de derecho privado, en las distintas áreas en las que éste se suele dividir. Así:

- Derecho de la persona: está pendiente toda una reformulación del Derecho de la persona sobre la base de la dignidad esencial como valor rector y fundamento de la libertad e igualdad de todos los seres humanos y de los derechos esenciales que emanan su naturaleza y que son anteriores al Estado (art. 1º). Otras materias necesitadas de reevaluación a la luz de la constitucional son la protección de la vida en sus diversas etapas y especialmente en las que parece más débil (art. 19 N° 1), el respeto a derechos de la personalidad como el derecho a la honra, la intimidad y la imagen (art. 19 N° 4), las personas jurídicas y su relación con el derecho de asociación (art. 19 N° 15). Hay en este campo ya una sentencia de la Corte Suprema que declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los arts. 559 y 661 del Código Civil (sentencia de 16 de septiembre de 1992).
- Contratos: es muy relevante para la fundamentación constitucional de la autonomía privada y sus límites el derecho a la libre iniciativa en materia económica contemplado en el art. 19 N° 21 de la Constitución.
- Bienes y derechos reales: en esta sede está pendiente una armonización mejor entre la regulación de la propiedad prevista en los N° 24 y 25 de la Constitución y su regulación en el Código Civil y en las leyes especiales. Particular relevancia puede tener para la regulación de los modos de adquirir el dominio y la clasificación de los bienes en públicos y privados, el derecho contemplado en el art. 19 N° 23 de la Carta Magna.

- Responsabilidad civil: son pocos los esfuerzos que intentan integrar los criterios de la responsabilidad por daños con las normas constitucionales. Se ha advertido ya que el principio de la reparación integral y la indemnizabilidad general del daño moral puede desprenderse del derecho a la integridad psíquica de que habla el art. 19 N° 1.

- Sucesiones: se trata de un terreno poco explorado aún, pero convendría estudiar el respaldo constitucional de la libertad de testar así como la justificación de sus limitaciones por medio de las asignaciones forzosas tomando en cuenta la función social de la propiedad manifestada en el interés general del Estado de proteger la familia (art. 19 N° 24 inc. 2 en relación con el art. 1, incs. 2 y 5).

- Familia: toda la regulación de la familia está justificada sobre la base de la declaración constitucional de que ella es el núcleo fundamental de la sociedad (art. 1 inc. 2) y que el Estado tiene frente a ella un especial deber de protección y fortalecimiento (art. 1 inc. 5). La discusión sobre temas tan relevantes como la imposición del modelo de matrimonio divorciable, la regulación de la filiación, la adopción y las llamadas técnicas de reproducción asistida, la mantención de la sociedad conyugal o su reemplazo por un régimen de separación con participación diferida en los gananciales, tienen su raíz en la forma en que se entienden los referidos preceptos constitucionales (...)»<sup>367</sup>.

#### 4.4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE, Y EN NUESTRO PAÍS EN PARTICULAR

La constitucionalización de los derechos ha abarcado también al derecho privado, al derecho comercial y, por ende, al arbitraje mismo.

---

<sup>367</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado*. Ver en: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf>

Sin embargo, en lo referente al arbitraje y en el caso de nuestro país, su constitucionalización ha operado desde los inicios de la vida republicana, como lo veremos más adelante, de modo tal que dicho fenómeno no ha advenido con el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho sino ya con el Estado Liberal.

Ya en líneas precedentes habíamos manifestado que en puridad la constitucionalización de los derechos no es un fenómeno propio ni originario del constitucionalismo contemporáneo, por cuanto la constitucionalización de los primeros derechos se dio precisamente con el constitucionalismo clásico o liberal. Eso mismo sucede con el arbitraje y en particular en nuestro país.

Sin embargo, lo trascendente del fenómeno de la constitucionalización de los derechos y también del arbitraje, no es su consagración o reconocimiento en la Constitución sino el establecimiento de garantías constitucionales (procesos jurisdiccionales constitucionales) para la efectividad de tal reconocimiento, y eso sí es un aporte propio del constitucionalismo contemporáneo.

En los puntos siguientes precisamente analizaremos el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje en nuestro país empezando por su desarrollo a través de la historia constitucional, así como el análisis y crítica de tal fenómeno en la vigente Constitución, para proponer su debida constitucionalización.

#### **4.4.1. La constitucionalización del arbitraje en la Historia Constitucional del Perú**

Como ya habíamos manifestado, el fenómeno de la constitucionalización de los derechos se inicia en puridad con las Constituciones liberales propias del Estado Liberal o Estado Legal de Derecho, esto es en los siglos XVII y XVIII (Estados Unidos de Norteamérica y Francia). Este tipo de Constituciones que incorpora a

modo de catálogo básicamente la primera generación de derechos (libertades civiles y derechos políticos), y entre ellos no está demás decir que también algunas Constituciones han reconocido a su vez al arbitraje como uno de esos derechos o al menos al fundamento (causa-fuente) de nuestra institución.

En el Perú, como en todos los aspectos de la vida, este fenómeno político-jurídico como es la constitucionalización de los derechos, arriba más o menos tardíamente en los inicios de la vida independiente de la Republicana.

Aunque oficialmente la historia constitucional del Perú comienza con la primera Constitución promulgada a inicios de la vida Republicana (1823) por el entonces Presidente Bernardo Torre Tagle; sin embargo, constituye fuente ineludible en el estudio de la historia constitucional latinoamericana, la Constitución española de Cádiz de 1812 (conocido popularmente también como *La Pepa*<sup>368</sup>), la cual incluso fue simbólicamente proclamado en la ciudad de Huancayo el 01 de Enero de 1813 en el lugar lo que hoy es precisamente conocido como la Plaza de la Constitución<sup>369</sup>.

Esta Carta Política fue la primera en constitución de la monarquía española de corte liberal y que –aunque parezca sorprendente– proclamó constitucionalmente el Derecho al arbitraje en los términos siguientes:

*“Artículo 280: No se podrá privar a ningún español del Derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes”.*

---

<sup>368</sup> Así, llamado porque el día de su promulgación (19 de Marzo) coincide con el día de San José que se celebra en España.

<sup>369</sup> Más sobre esta célebre Constitución en: *Revista del Foro*, N° 97-98, dedicado al Bicentenario de Cádiz 1812-2012, Edic. Internacional; Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Lima, 2012.

Ver el texto íntegro de esta Constitución en:

<[http://cadiz2012.universia.es/pdf/doc\\_0007\\_cons\\_1812.pdf](http://cadiz2012.universia.es/pdf/doc_0007_cons_1812.pdf)>

Ver también una interesante publicación: *“Constitución Política de la Monarquía Española; Cádiz 1812”*. Edic. Facsimilar, México 2012; en:

<[http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/cpme\\_cadiz\\_1812.pdf](http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/cpme_cadiz_1812.pdf)>

*“Artículo 281.- La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar”<sup>370</sup>.*

Como agudamente afirma Antonio MERCHÁN ÁLVAREZ: *“Ninguno de los estudios realizados hasta hoy sobre la Constitución de Cádiz, tanto de conjunto, como en sus diferentes aspectos –y particularmente los referidos al poder judicial– ha reparado en esta proclamación constitucionalización del arbitraje”<sup>371</sup>*. Sin embargo, de ambos artículos se advierte claramente una plasmación del *principio de la libertad natural* que inspiró a los constituyentes gaditanos expresión jurídica de la ideología liberal revolucionaria en esa época.

Empero, lamentablemente, tal como advierte nuevamente MERCHÁN ÁLVAREZ: *“Ni en las actas de la Comisión de Constitución ni en la del Diario de Sesiones de las Cortes encontramos pronunciamientos alguno sobre los modelos formales que utilizaron para la redacción de esos dos artículos..., no hay ninguna referencia a deliberación o debate sobre los artículos dedicados al arbitraje; (...), tan sólo se dice que se acordaron sin más”<sup>(372)(373)</sup>*.

<sup>370</sup> Ver más al respecto a Antonio MERCHÁN ÁLVAREZ. *“La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz”*, pág. 127. En: <[www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf](http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf)>

Ver también: *“La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz”*, del mismo autor en *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Cano Bueso, J. (ed.), Parlamento de Andalucía/Tecnos, Sevilla, 1989, págs. 465-479.

Así como el texto de esta Constitución histórica en:

<[http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1812.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf)>

<sup>371</sup> MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *“La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz”*, pág. 127. En: <[www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf](http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf)>

<sup>372</sup> MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *“La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz”*. pág. 128-129. En: <[www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf](http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf)>

<sup>373</sup> No obstante estas limitaciones para el estudio del arbitraje en dicha Constitución, en la obra citada MERCHÁN ÁLVAREZ concluye sin embargo que: *“[E]n la Constitución de Cádiz nos encontramos, por tanto, con un diseño de la institución del arbitraje bastante consagrado, desde el punto de vista técnico-jurídico, en función de sus aspectos dogmáticos fundamentales. Los elementos subjetivos: Las partes litigantes que pueden ser cualesquiera españoles; el elemento juzgador, o jueces árbitros, elegidos por ambas partes. El elemento objetivo o asuntos litigiosos que se quieren someter a arbitraje. El elemento formal o compromiso, es decir el acto jurídico en virtud del cual las partes litigantes eligen a un tercero, el juez árbitro, para que decida sobre la cuestión controvertida existente entre ellas; y la sentencia o acto resolutorio que adoptan los árbitros acerca del objeto de*

Ahora bien, ya en suelo patrio<sup>374</sup>, la Constitución de 1823, -como dijimos, la primera en nuestra historia constitucional-, no reguló nada acerca del arbitraje; es más, el artículo 96° fue muy explícito al disponer que:

*“No se conocen otros jueces que los establecidos por la Constitución, ni otra forma de juicios que la ordinaria que determinen las leyes”.*

Lo mismo ocurre con la Constitución de 1826.

Sin embargo, debe quedar claro que a pesar de tal falta de reconocimiento constitucional, la práctica del arbitraje siempre ha estado presente desde sus remotos orígenes por cuanto constituye como se dijo, un mecanismo natural de resolución de conflictos. De este modo, tal ausencia de referencia expresa al arbitraje en dichas constituciones y otras más adelante -como veremos-, en modo alguno han influido sobre su uso y eficacia. El no reconocimiento explícito del arbitraje en las constituciones en modo alguno significaba su prohibición, pues en todo caso la constitucionalidad de su práctica estaba garantizada *per se* desde que el Art. 193°

---

*arbitraje a ellos sometido, el cual resulta más o menos definitivo en función de la actitud que se haya adoptado en el compromiso sobre el derecho de apelar la sentencia arbitral”;* (pág. 134).

Más adelante afirma que: *“Sobre la naturaleza jurídica de la institución del arbitraje también podemos inducir conclusiones de interés. A nuestro entender nos encontramos ante un supuesto de reproducción de la naturaleza judicialista del arbitraje. Al igual que sucede en el derecho tradicional, al que hemos tenido acceso, la institución del arbitraje en la Constitución de 1812, se enmarca en la sede normativa propia de los jueces y de la administración de justicia: concretamente, en el Título V. De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal. Pero además el lenguaje que se utiliza en la Constitución de Cádiz es claramente judicialista: el elemento dirimente se denomina jueces árbitros; la solución a la controversia, sentencia; y la reclamación sobre la misma, derecho de apelar”;* (pág. 135).

<sup>374</sup> De aquí en adelante, en este punto, nos valdremos de la Primera Edición Oficial de la *“Colección Constitucional Peruana”*, Tomos I, II y III efectuado por el Ministerio de Justicia, Editora Perú, Lima, 2005-2006.

Asimismo, ver a GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *“Las Constituciones del Perú”*. Segunda edición revisada, corregida y aumentada. Versión *on-line* en:

<http://www.garciabelaunde.com/biblioteca/LasConstitucionesdelPeru.pdf>>

(Constitución de 1823) declaraba como derechos inviolables (entre otros) a “la libertad civil”. Y que –según el artículo 194°:

*“Todos los Peruanos pueden reclamar el uso y ejercicio de estos derechos, y es un deber de las autoridades respetarlos, y hacerlos guardar religiosamente<sup>375</sup> por todos los medios que estén en la esfera de las atribuciones de cada una de ellas”.*

Pero, es en la Constitución de 1828 que por primera vez se incorpora expresamente (o se constitucionaliza) la justicia arbitral en su artículo 162° y en términos siguientes:

*“Ningún peruano puede ser privado del derecho de determinar sus diferencias por medio de jueces árbitros”.*

Esta Constitución estableció igualmente que:

*“Artículo 194°.- La Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley, y la propiedad de los ciudadanos en la forma que se sigue”.*

Así como el principio jurídico clásico del liberalismo:

*“Ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Artículo 150°).*

Como se advierte, la Constitución de 1828 recepciona casi en forma literal la consagración constitucional del arbitraje hecha en la Constitución gaditana, con lo

---

<sup>375</sup> Morfología gramatical que corresponde a esa época.

cual queda probado el influjo que tuvo esta última sobre la constitucionalización de los derechos en el Perú<sup>376</sup>.

La Constitución siguiente, la de 1834, no reconoció expresamente la institución del arbitraje, empero estableció en su Art. 110° los “*tribunales especiales para el comercio y la minería*” pero que no eran tribunales arbitrales, sino que formaban parte del sistema estatal de justicia. Pero, como toda Constitución liberal, reconoció la libertad individual expresada en términos clásicos del Art. 150° de la Constitución de 1828.

La Constitución de 1839, al igual que la de 1828, constitucionaliza también el arbitraje al establecer en el Artículo 164° que: “*Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros*”. De igual fuente gaditana.

De igual forma, el Estatuto Provisorio de 1855 del Mariscal Ramón Castilla, también establecía que:

*“Artículo 11°. Todo individuo en la República tiene el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros conforme á las leyes”.*

De allí en adelante, las Constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920 y la de 1933 tampoco reconocen al arbitraje como parte del sistema de administración de justicia en el Estado peruano, con la excepción de la Constitución de 1920 que para el caso especial de los conflictos entre el Capital y el Trabajo instituía el “arbitraje obligatorio” en un afán tuitivo del derecho de los trabajadores (Arts. 48° y 49°)<sup>377</sup>.

<sup>376</sup> Sobre la Constitución de Cádiz de 1812 y su influencia en el Perú y Latinoamérica, ver la interesante publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Lima efectuado con motivo al Bicentenario de dicha Constitución (1812 – 2012). En: *Revista del Foro*, N° 97 – 98, Edición Internacional, Lima, 2012.

<sup>377</sup> CONSTITUCION DE 1920:



Empero, una vez más, es necesario hacer la aclaración que tal omisión, no importaba la prohibición de la práctica del arbitraje, pues ninguna de las Constituciones establecía tal prohibición, sino al contrario se reconocen en todas ellas el principio de la autonomía de la voluntad, que es precisamente el fundamento jurídico-constitucional de la práctica arbitral como mecanismo heterocompositivo natural de solución de conflictos y alternativo al del Poder Judicial.

Pero, es en la Constitución de 1979 nuevamente se reconoce a la justicia arbitral como medio alternativo de solución conflictos. En el Artículo 136° *in fine* dispone que:

*“El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú”.*

Asimismo, más explícitamente en el Artículo 233° dispone que:

*“Son garantías de la administración de justicia: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación”.*

No obstante que esta Constitución instituye el primer Tribunal Constitucional (llamado Tribunal de Garantías Constitucionales), sin embargo, por circunstancias propias de la época y de la asimilación tardía del neoconstitucionalismo, este

---

*“Art. 48°.- Los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio”.*

*“Art. 49°.- La ley establecerá la forma cómo deben organizarse los Tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las diferencias entre el Capital y el Trabajo y los requisitos y condiciones para los efectos obligatorios de los fallos”.*

Tribunal no tiene mayor trascendencia en el rol que el Estado Constitucional contemporáneo y el neoconstitucionalismo le asignan.

Así, se podría decir, que es a partir de la Constitución de 1993 y su eficacia, en que el neoconstitucionalismo ingresa con mayor contundencia en nuestro país; por lo que bien podría decirse que el fenómeno de la constitucionalización contemporánea de los derechos se presenta en esta Constitución y –por su puesto– por el rol que le es asignado (y cumplido a su vez en la realidad) al actual Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la Constitución de 1993, nada innova en cuanto a la constitucionalización del arbitraje, por cuanto lo que hace es repetir casi textualmente lo ya consagrado en la Constitución antecesora. Veamos:

*“Artículo 139°.- Principios y derechos de la función jurisdiccional.-*

*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

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

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

*No hay proceso judicial por comisión o delegación”.*

Asimismo, se tiene que la actual Constitución consagra a su vez la libertad contractual y de contratación en el ámbito general y en relación a la inversión nacional y extranjera. Así:

*“Artículo 62°.- Libertad de contratar.-*

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

*los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

*Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.*

*“Artículo 63°.- Inversión nacional y extranjera.-*

*La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.*

*En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.*

*El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.*

Como se advierte, el arbitraje ha estado presente en el debate constitucional y en la Constitución misma desde el siglo pasado. Concretamente su plasmación primera fue dado en los albores de la vida republicana, con la Constitución de 1828 (la tercera en nuestra historia) y la de 1839, que tuvieron como fuente directa la Constitución de Cádiz de 1812.

Sin embargo, es el Tribunal Constitucional que en estos últimos años ha venido desarrollando el contenido y alcances de tal fenómeno de constitucionalización del arbitraje, la que será analizada con más precisión en puntos más adelante.

#### 4.4.2. El arbitraje en los Diarios de Debates de las Constituciones de 1979 y 1993<sup>(378)</sup>

Ahora bien, en el cometido trazado de la determinación de la necesidad o trivialidad del reconocimiento constitucional (constitucionalización) del arbitraje a través de la Historia Constitucional del Perú y a la par de la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje, resulta necesario hurgar los diarios de debates de las Constituciones de 1979 y 1993 en donde se plasmaron algunas de las razones de su constitucionalización. Veamos.

##### 4.4.2.1. Debate de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978

En la 21ª Sesión de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978 (Presidida por Luis Alberto Sánchez Sánchez) llevado a cabo el 07 de Febrero de 1979, se pasó a debatir sobre el Art. 3 del Proyecto de la Subcomisión el cual estaba redactado de la siguiente manera:

*“Artículo 3.- Son garantías de la administración de justicia:*

- 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*
- 2. No puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la jurisdiccional arbitral en los casos que la ley no la prohíbe<sup>379</sup>; y la jurisdicción militar....”.*

<sup>378</sup> En este punto recurriremos al Portal del Congreso de la República del Perú, esto es:

- <http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1979.htm> (Diario de Debates de la Constitución de 1979).
- <http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm> (Diario de Debates de la Constitución de 1993).

<sup>379</sup> El resaltado es nuestro.

Frente a lo cual el constituyente Javier VALLE RIESTRA abrió el debate señalando que del proyecto debe suprimirse la alusión (privilegio) hecho a la “*jurisdicción arbitral*” por cuanto:

*“[a]quello a que voluntariamente las partes, si tienen litigio se someten, nombrando un árbitro para que exista un laudo de derecho. Eso no es una jurisdicción permanente, tiene ribetes de jurisdicción voluntaria a la que se someten las partes. De manera que para evitar la confusión y como eso evidentemente no forma parte del Poder Judicial y para no crear un privilegio a favor de esto, dejaría el artículo: ‘No puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la jurisdicción militar y solamente para el juzgamiento de infracciones contempladas en la legislación penal-militar cometidas por miembros activos de la fuerza pública’,.... Por lo pronto, digo, supresión de la alusión a la jurisdicción arbitra, que por ser voluntaria precisamente no forma parte del Poder Judicial”.*

En ese sentido, fue clara la posición de VALLE RIESTRA en el sentido de suprimir la alusión a *jurisdicción arbitral*, por no considerarse como tal sino a la mucho como una jurisdicción voluntaria. Esta posición fue también apoyada por el constituyente Francisco CHIRINOS SOTO.

Frente a lo cual el constituyente RAMÍREZ DEL VILLAR consideró al contrario que:

*“[l]a arbitral resulta una jurisdicción independiente. Si la ley no lo reconoce todavía, tiene la taxativa de ser jurisdicción arbitral en los casos en que la ley no la prohíbe, si no, se establece que también es una forma independiente de jurisdicción. Entonces estaríamos negando la posibilidad de que los fallos arbitrales tengan fuerza. Esta es la razón de la excepción... De tal manera que*

*insistimos que la jurisdicción arbitral debe estas limitaciones a los casos que no están prohibidos por la ley; ...”.*

VALLE RIESTRA replicó nuevamente señalando que:

*“Insisto en que se suprima la función de la ‘jurisdicción arbitral’, por las razones que expuse antes y que quede solamente ‘jurisdicción militar’, sin mayor aclaración, porque en el artículo posterior se desarrolla este punto. De tal manera que yo diría: ‘No puede establecerse jurisdicción alguna independiente con excepción de la jurisdicción militar’”.*

El señor RAMÍREZ DEL VILLA señaló que:

*“En cuanto al aspecto de la jurisdicción arbitral debe figurar, porque de otra manera se entenderá prácticamente derogado el Capítulo del Código de Procedimientos Civiles que faculta este tipo de jurisdicciones”.*

A lo que VALLE RIESTRA replicó que:

*“Este es un artículo, señor, que ha funcionado sin que la Constitución haya acudido a la jurisdicción arbitral, de tal manera que no hay problema. La jurisdicción arbitral no funciona porque la Constitución la reconozca o la desconozca, ha seguido funcionando”.*

Por último el constituyente VEGA GARCÍA agregó que:

*“Al leer la Constitución vigente hay que advertir que ahí no prohibía ninguna jurisdicción independiente, en cambio aquí expresamente estamos prohibiendo todo acto de jurisdicción. Entonces, si no hacemos la excepción expresa de juicio arbitral, como dice el señor Alayza, en la ejecución de los fallos*

*arbitrales, nos vamos a encontrar desprovistos de instrumentos realmente ejecutivos”.*

Terminado el debate el Presidente de la Comisión en votación la propuesta de VALLE RIESTRA de suprimir toda alusión de la “*jurisdicción arbitral*” fue rechazada, por lo que finalmente la Comisión Permanente aprobó dicho artículo en los términos en que fue propuesta inicialmente por la Subcomisión.

No obstante ello, en la Sesión de la Comisión Permanente del día 09 de Febrero de 1979 y a pedido del señor VALLE RIESTRA se reabre nuevamente el debate sobre la *jurisdicción arbitral*. El referido constituyente reitera con más fundamento que:

*“[r]ealmente el arbitraje no es de naturaleza jurisdiccional, y acá está el doctor Aramburú quien puede aportar muchas ideas al respecto. No es de naturaleza jurisdiccional, sino realmente de naturaleza contractual. Las partes se ponen de acuerdo en materia civil para resolver una controversia, llamando a arbitadores o a personas que resuelven según su leal saber y entender, mientras que la jurisdicción ordinaria es amplia e irrestricta, es una jurisdicción que está excluida en muchos puntos de lo penal, familia, capacidad, etc., mientras en la jurisdicción normal son los órganos del Estado los que resuelven, aquí son particulares que muchas veces pueden no ser abogados y hasta ser extranjeros cuando son adjuntos, que son los llamados arbitrajes de equidad y en los que no tienen ni siquiera que ceñirse a las reglas del Código de Procedimientos Civiles.... La jurisdicción civil ordinaria es una jurisdicción que emana del pueblo, de la soberanía nacional, ... El arbitraje emana de un acuerdo interpartes, de los particulares, por lo que carece de jurisdicción. ”. El contrato de arbitraje tiene más parecido con la transacción, crea la cosa juzgada entre las partes al resolver un punto litigioso que ya se está ventilando ante el juez, o un punto que podría ventilarse ante la justicia; sin embargo, por la vía de la transacción dos particulares se ponen de acuerdo*

*y crean la cosa juzgada, tan cosa juzgada como un tribunal, pero no es una jurisdicción, y en este caso es igual.... Esta persona [el árbitro] no tiene todas las facultades que son propias de la jurisdicción y su resolución lógicamente es apelable no ante un tribunal creado por las partes, sino ante los tribunales ordinarios que le impusieron esa resolución y si las partes no han renunciado a esos recursos de nulidad. De tal manera que hemos inventado la llamada jurisdicción arbitral, cuando debe entenderse solamente como un contrato. Por esta razón, pido se omita esa frase, y en todo caso, que se agregue: 'este principio no está reñido con los principios de arbitraje, o con la posibilidad de recurrir a árbitros'. Nada más".*

A su turno el señor ARAMBURÚ MENCHACA replica que:

*"No hay razón para temer decir 'jurisdicción arbitral'. Precisamente una de las características del arbitraje no solamente en la forma de árbitros arbitradores, sino de arbitro de jure, y dentro de un sistema tan completo como el que tenemos en el Perú cuya ley es considerada la mejor ley del mundo en la materia, es esa implicancia que tienen los tribunales arbitrales con el Poder Judicial. El Poder Judicial ejerce una función tuitiva sobre los tribunales arbitrales, es un tipo de jurisdicción, es un tipo si se quiere de jurisdicción voluntaria que las partes eligen, los jueces otras veces, inclusive, si se trata de tribunales arbitrales establecidos de antemano, cuando se trata del arbitraje administrado.... Queda muy bien la palabra 'jurisdicción arbitral', es algo que robustece el arbitraje. En este momento existe en el mundo un gran auge hacia el arbitraje.... De manera que invitaría a mi colega el doctor Valle Riestra, a fortalecer la institución del arbitraje que es tan práctica, manteniendo el término 'jurisdicción arbitral', que no es exactamente un contrato".*

El señor VALLE RIESTRA reitera que:



*“No es cambiándole el nombre a las cosas, que cambian de naturaleza. La naturaleza es el hecho contractual, y creo que estamos creando por ficción una jurisdicción extraordinaria que tiene otra majestad y otras atribuciones que no están libradas al azar”.*

El señor ARAMBURÚ MENCHACA contesta que:

*“(…) [N]o quiero que se retracte. Lo único que sostengo es que existe una ‘jurisdicción arbitral’. Estoy convencido que lo arbitral es también una forma de jurisdicción y es un medio de nuestro sistema y del sistema judicial de todas partes del mundo. El país donde más se practica el arbitraje es Inglaterra donde un tribunal arbitral funciona constantemente en contacto con la Corte, con lo que se llama los special cases, razón por la cual el arbitraje en Inglaterra no es un modelo de arbitraje. En Alemania el arbitraje no tiene fuerza obligatoria. Además en estos momentos los jueces de todas partes del mundo están actuando como árbitros. Inclusive, hasta donde se ha dado, se permite en la legislación de hoy en el mundo, que las partes les pidan a los jueces ordinarios que no actúen como jueces, sino como árbitros”.*

Finalmente, se tiene la intervención de RAMÍREZ DEL VILLAR quien agrega que:

*“Lo único que diría yo, es que si no se establece la posibilidad de que haya una jurisdicción arbitral, los fallos de los árbitros no pueden ser ejecutivos. No se podrá pedir al juez que los haga cumplir. Y ese es un punto que mata totalmente la posibilidad de arbitraje y además de las ventajas que ha dicho el doctor Aramburú, tiene la gran facilidad que da el Poder Judicial tan recargado como el nuestro, que vaya por lo menos facilitando la administración de justicia a través de fórmulas en que las partes están de acuerdo y que el resultado que el fallo final tenga, debe ser acatado por ellas. Yo creo que no sólo son razones doctrinarias, sino eminentemente prácticas”.*

Sometido nuevamente a votación el artículo 3 del Proyecto de la Subcomisión, el mismo fue aprobado en los términos propuestos, no habiendo prosperado una vez más la posición del señor VALLE RIESTRA.

#### **4.4.2.2. Debate del Pleno de la Asamblea Constituyente de 1978**

Del diario de debates al que se tiene acceso, no se deja constancia del debate del Pleno, sino la aprobación del Proyecto llevado a cabo en la 33ª Sesión del Pleno llevado a cabo el 02 de Abril de 1979, en los siguientes términos:

*“Artículo 240.- Son garantías de la administración de justicia:*

*1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral, en los casos que la ley no la prohíbe, y de la jurisdicción militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación...”*

#### **4.4.2.3. Debate de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático de 1992**

En la 36ª Sesión de la Comisión de Constitución realizado el 30 de Marzo de 1993 (bajo la presidencia de Carlos Torres y Torres Lara) se inicia el debate en relación al Art. 2 del Proyecto planteado por la Alianza Nueva Mayoría – Cambio 90, el cual en términos idénticos a la de la Constitución de 1979, establecía que:

*“Artículo 2.- Son principios de la función jurisdiccional y derechos en el proceso:*

1) *La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación”.*

El debate se inicia con la intervención del señor CHIRINOS SOTO quien señala que:

*“[n]o existe la jurisdicción arbitral. Los árbitros no tienen jurisdicción. Fue un exceso de la Constitución de 1979 la llamada jurisdicción arbitral. El árbitro no tiene coertio, señor Presidente. El árbitro no puede hacer efectivas sus resoluciones, pues terminado su trabajo hay que llevar el laudo arbitral al Poder Judicial, que es el que tiene la jurisdicción, donde el juez común hace cumplir esa decisión arbitral”.*

Interrumpe el señor FERNÁNDEZ ARCE que:

*“Efectivamente, como dice el doctor Chirinos Soto, el árbitro no tiene coertio, pero sí tiene iurisdictio; y si tiene iurisdictio, es jurisdiccional”.*

Retoma el señor CHIRINOS SOTO que:

*“La iurisdictio supone la coertio, porque sin coertio la iurisdictio está en el aire...”.*

Interrumpe la señora FLORES NANO:

*“Pero el árbitro dicta derecho, es decir, que esa medida ejerce jurisdicción”.*

Replica el señor CHIRINOS SOTO:

*“Pronuncia derecho, pero no lo hace cumplir, porque no tiene coertio. Entonces, no es verdadera jurisdicción, sino un muñón de jurisdicción... Lo que tenemos que hacer es otra cosa: reconocer el procedimiento arbitral, pero no darle carácter de jurisdicción, que no tiene. Solo hay una jurisdicción, señor Presidente. La jurisdicción que existe es la ordinaria, pero, excepcionalmente, el Estado reconoce el fuero castrense y admite los procedimientos de arbitraje. Eso es lo que propongo, señor Presidente. Por ello, sugiero la redacción siguiente: ‘La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, salvo la militar. La ley reconoce los procedimientos de arbitraje’. Esta es la verdadera manera de decir las cosas jurídicamente, porque los árbitros no tienen coertio, aunque tengan jurisdicción, y tienen jurisdicción delegada o convenida por las partes. El arbitraje no es sino una forma de transacción.... Se trata de una jurisdicción convenida por las partes, establecida por los ciudadanos particulares. Reconozcamos el procedimiento arbitral, pero no le demos carácter de jurisdicción, sobre todo porque no la tiene. En ningún manual de derecho señor Fernández Arce, ni nadie, va a encontrar que los árbitros tiene iurisdictio o coertio. Es cierto que tienen iurisdictio que las partes le delegan”.*

Interviene la señora FLORES NANO:

*“Creo que el tema es el reconocimiento a la capacidad de un árbitro de dictar derecho, de resolver una controversia., que constituye, en efecto, una excepción al régimen general de la jurisdicción ordinaria. En esa medida, afirmar que hay una excepción jurisdiccional, entendida la expresión como capacidad de resolver una controversia y de dictar derecho, me parece acertada. Considero que no es una inexactitud afirmar que frente a la regla de la jurisdicción ordinaria está la excepción de jueces que no son tales; pero a los que el Estado les reconoce capacidad de resolver controversias, y también de árbitros que solucionan conflictos y, por tanto, dictan derecho por*

*delegación de las partes. Son dos situaciones excepcionales frente a la regla genérica de que la resolución de las controversias y la capacidad de hacer ejecutar fallos corresponde solo a los jueces. Pienso que la expresión constitucional es correcta. Hay la jurisdicción en el sentido de que hay capacidad de dictar derecho, hay capacidad de resolver controversias por una fuente de poder diferente de la que señala ordinariamente la Constitución como regla”.*

El señor CHIRINOS SOTO interrumpe:

*“Nadie niega que hay esa capacidad del árbitro de pronunciar reglas de derecho, pero es delegada por las partes. Aun con esa delegación, no tiene coertio, es decir, es un muñón, es un conato de jurisdicción, porque la coertio, para ejecutar la sentencia del árbitro, tengo que ir al juez común. ¿Qué jurisdicción es esa?”.*

Continúa con el debate la señora FLORES NANO:

*“[p]ero lo que está consagrándose constitucionalmente es la capacidad de resolución de una situación conflictiva. La regla es que sólo la puede ejercer quien es juez, porque goza de una potestad constitucional y de un poder jurisdiccional para dictar derecho y ejecutar sus fallos, que es una consecuencia. Pero esta regla tiene dos excepciones. La primera regla es ... la jurisdiccional militar. Pero, adicionalmente, también se reconoce otra fuente de poder para resolver controversias, que es a través de los árbitros. En ese sentido, en mi concepto, sí hay una función jurisdiccional. Se dicta derecho y se resuelven controversias porque la fuente del poder, que es la Constitución, le otorga este ámbito paralelo”.*

Finalmente, sometido la votación, el Proyecto es aprobado con 07 votos a favor, 01 en contra (del señor Chirinos Soto) y 02 abstenciones (de la señora Martha Chávez y del señor Samuel Matsuda).

#### 4.4.2.4. Debate del Pleno del Congreso Constituyente Democrático de 1992

Antes de la aprobación del artículo correspondiente a la llamada “jurisdicción arbitral”, en el Debate del Pleno (29ª R-1 Sesión (Vespertina del día martes 24 de Agosto de 1993) existe una constancia de la intervención del congresista Antero FLORES-ARAOZ ESPARZA que sustentando la reconsideración del reconocimiento constitucional del arbitraje, manifiesta lo siguiente:

*“[S]i bien es cierto que la jurisdicción la ejerce el Estado, y si bien es cierto también que ése es un derecho de las personas que tienen diferendos, el recurrir a esa jurisdicción estatal, que es una garantía de la intervención del Estado para administrar justicia, esas mismas personas podrían voluntariamente acogerse a lo que se llama la jurisdicción voluntaria, que en este caso es la jurisdicción a la que se ha mal llamado "jurisdicción arbitral", porque en el fondo no es jurisdicción, sino el acto voluntario de las partes que pretenden renunciar a la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción particular. Creo que darle mayor seguridad jurídica, con rango constitucional, a esta jurisdicción arbitral es conveniente. Por un lado, lógicamente va a significar que el Poder Judicial no esté tan abrumado de causas. Segundo, si quienes tienen un diferendo prefieren que éste sea resuelto por árbitros, no podríamos negarnos a ello. A los que tienen el diferendo y voluntariamente quieren buscar una jurisdicción diferente de la jurisdicción del Estado, que la ejerce el Poder Judicial, no tendríamos realmente por qué negarles esa posibilidad. Si bien es cierto que hay una Ley General de Arbitrajes, si bien es cierto que los arbitrajes están reconocidos en tratados*

*internacionales que suscribió el Perú, creemos que darle rango constitucional a esta norma es preferible a no hacerlo. No significa de modo alguno que desaparezca la jurisdicción arbitral al no estar dentro de la Constitución. Pero si quienes utilizan esa jurisdicción desean darle ese rango, no veo por qué tenemos que oponernos a una cosa que es justa y que lógicamente nos haría sintonizar con la voluntad del pueblo peruano”.*

Luego de ello, no se deja mayor constancia del debate y el Pleno acogió tal sustento y en la 29ª S-1 Sesión (vespertina) del día Miércoles 25 de Agosto de 1993, aprobó lo que hoy por hoy el Art. 139 de la Constitución Política:

*“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”.*

Como se advierte, el debate en ambas Constituyentes se centró básicamente en la configuración del arbitraje como jurisdicción, y en base al cual se discutió su incorporación en el Capítulo de la Constitución correspondiente a los principios, derechos y/o garantías de la función jurisdiccional.

Llama la atención que fueron prácticamente uno o dos constituyentes (Valle Riestra y Enrique Chirinos Soto) que en el Debate de la Constitución de 1979 pugnaron porque no se reconociera al arbitraje como jurisdicción, más en su gran mayoría optaron por su incorporación como una jurisdicción excepcional o especial de la ejercitada ordinariamente por el Poder Judicial.

En puridad, la discusión de este asunto no es pacífica en la doctrina, incluso en tiempos actuales. Así, ante el auge y prestigio del arbitraje sobre todo en el ámbito comercial y de inversión, hay autores que niegan que la institución tenga naturaleza

jurisdiccional, a lo mucho su naturaleza es procesal o procedimental, como veremos más adelante.

Lo cierto es que en la gestación de ambas constituciones, en el reconocimiento constitucional del arbitraje y la conveniencia en la categoría “*jurisdicción arbitral*” fue por un propósito más que nada práctico y no tanto porque lo exija su naturaleza. Como bien dijo ARAMBURU MENCHACA replicando a VALLE RIESTRA en el Debate de la Constitución de 1979:

*“No hay razón para temer decir ‘jurisdicción arbitral’.... Queda muy bien la palabra ‘jurisdicción arbitral’, es algo que robustece el arbitraje. En este momento existe en el mundo un gran auge hacia el arbitraje.... De manera que invitaría a mi colega el doctor Valle Riestra, a fortalecer la institución del arbitraje que es tan práctica, manteniendo el término ‘jurisdicción arbitral’, que no es exactamente un contrato”.*

Del mismo modo, en el Debate de la actual Constitución, el congresista FLORES-ARAOZ reconoció que:

*“[S]i bien es cierto que la jurisdicción la ejerce el Estado, y si bien es cierto también que ése es un derecho de las personas que tienen diferendos, el de recurrir a esa jurisdicción estatal, que es una garantía de la intervención del Estado para administrar justicia, esas mismas personas podrían voluntariamente acogerse a lo que se llama la jurisdicción voluntaria, que en este caso es la jurisdicción a la que se ha mal llamado “jurisdicción arbitral”, porque en el fondo no es jurisdicción, sino el acto voluntario de las partes que pretenden renunciar a la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción particular. Creo que darle mayor seguridad jurídica, con rango constitucional, a esta jurisdicción arbitral es conveniente... Si bien es cierto que hay una Ley General de Arbitraje, si bien es cierto que los*



*arbitrajes están reconocidos en tratados internacionales que suscribió el Perú, creemos que darle rango constitucional a esta norma es preferible a no hacerlo. No significa de modo alguno que desaparezca la jurisdicción arbitral al no estar dentro de la Constitución. Pero si quienes utilizan esa jurisdicción desean darle ese rango, no veo por qué tenemos que oponernos a una cosa que es justa y que lógicamente nos haría sintonizar con la voluntad del pueblo peruano”*

He aquí, a nuestro parecer, el fundamento real del por qué el arbitraje fue reconocido como “*jurisdicción excepcional*” dentro de nuestra Constitución.

#### **4.4.3. La constitucionalización del arbitraje en la Constitución de 1993: Análisis y crítica**

Se podría decir que es a partir de la Constitución de 1993 en que el neoconstitucionalismo ingresa con mayor contundencia en nuestro país; por lo que bien podría decirse que el fenómeno de la constitucionalización contemporánea de los derechos (neo-constitucionalización) se presenta en esta Constitución y –por su puesto- por el rol que le es asignado (y cumplido a su vez en la realidad) al actual Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la Constitución de 1993, nada innova en cuanto a la constitucionalización contemporánea del arbitraje, por cuanto lo que hace es repetir casi textualmente lo ya consagrado en la Constitución antecesora. Veamos:

*“Art. 139°.- Principios y derechos de la función jurisdiccional.-*

*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

*2. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*

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

*No hay proceso judicial por comisión o delegación”.*

Aunque, ahora (es decir en la Constitución de 1993) se habla de “principios y derechos de la función jurisdiccional” y ya no de “garantías de la administración de justicia”; aunque, como veremos más adelante, se equipara al arbitraje como una jurisdicción; y, como tal, atribuible a dicha función los derechos y principios de la función jurisdiccional.

Asimismo, se tiene que la actual Constitución consagra a su vez la libertad contractual y de contratación en el ámbito general y en relación a la inversión nacional y extranjera. Así:

*“Artículo 62°.- Libertad de contratar.-*

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

*Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.*

*“Artículo 63°.- Inversión nacional y extranjera.-*

*La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.*

*En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.*

*El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.*

En suma, se puede advertir claramente que el arbitraje ha estado presente en nuestra historia constitucional desde el siglo pasado, esto es tanto en la época del Estado de Derecho clásico o liberal (Estado de Legal de Derecho) como en el actual Estado Constitucional de Derecho, tanto en el constitucionalismo clásico como en el constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo. Sin embargo, como desarrollaremos en el punto siguiente, en los actuales tiempos del neoconstitucionalismo, la constitucionalización específica del arbitraje no ha correspondido a una concepción correcta del arbitraje acorde con sus fundamentos ya antes analizados, ocurriendo lo mismo con la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional que básicamente –a partir del texto constitucional- considera erróneamente al arbitraje como una jurisdicción, comulgando claramente con la teoría jurisdiccionalista del arbitraje, ya glosada también en el primer capítulo de la presente investigación.

#### **4.4.4. Propuestas para una debida constitucionalización del arbitraje en el Perú**

Veamos ¿En qué constituye una correcta constitucionalización del arbitraje en los tiempos del neoconstitucionalismo?

#### 4.4.4.1. Constitucionalización de la dimensión “libertad”

En cuanto al fundamento “libertad”, este es un elemento natural del arbitraje. La libertad es consustancial al arbitraje. Hemos dicho a lo largo del presente trabajo que el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo natural de solución de conflictos. La libertad es el fundamento o causa del origen del arbitraje. Sin libertad no hay arbitraje. Libertad que jurídicamente se encuentra expresada en el principio general de la autonomía de la voluntad, y contractualmente en la libertad de contratar y la libertad contractual, las cuales encuentra su plasmación específica en el *convenio arbitral*.

Siendo ello así, la constitucionalización del arbitraje debe en principio consistir en el reconocimiento de este su primer aspecto: el reconocimiento de la libertad como su fundamento. Ello, no significa que la constitución deba expresamente reconocer este aspecto del fundamento del arbitraje, por cuanto ya de por si todas las Constituciones contemporáneas (que tiene como sustento la ideología liberal como base) no dejan de reconocer como uno de los derechos fundamentales de las personas la libertad civil, expresado también en nuestra actual Constitución; a saber:

*“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.-*

*Toda persona tiene derecho: (...)*

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

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

Todas las Constituciones liberales o las que tienen como base en la ideología del liberalismo, lo cual en el Perú sucede con todas las Constituciones de nuestra historia, no dejan de reconocer este derecho fundamental que es precisamente el fundamento constitucional del arbitraje. Reforzado ello con la libertad de contratar y

la libertad contractual, tal como la Constitución las reconoce a su vez en sus artículos 2 y 62<sup>380</sup>.

Quizás, un peor escenario constitucional que genere controversia respecto de la constitucionalidad del arbitraje, sea aquella presentada en la Constitución de 1823, - la primera en nuestra historia constitucional-, que no reguló nada acerca del arbitraje y, más bien, su artículo 96° fue muy explícito al disponer que:

*“No se conocen otros jueces que los establecidos por la Constitución, ni otra forma de juicios que la ordinaria que determinen las leyes”.*

Sin embargo, la práctica del arbitraje ya de por sí se encontraba garantizada, por cuanto en el artículo 193° de dicha Constitución se declaraba a la “libertad civil” como uno de los derechos inviolables; y, –según el Art. 194°- todos los peruanos tenían el derecho de reclamar el uso y ejercicio de tales derechos, siendo un deber de las autoridades respetarlos y “hacerlos guardar religiosamente por todos los medios”.

Y, -si se quiere-, un mejor escenario constitucional que puede presentarse en este aspecto del arbitraje, es la que brindan las mencionadas Constituciones de 1828 y 1839, que en sus artículos 162 y 164, respectivamente, disponían que:

*“Ningún peruano puede ser privado del derecho de determinar sus diferencias por medio de jueces árbitros”.*

---

<sup>380</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993:

*“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.- Toda persona tiene derecho: (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.*

*“Artículo 62.- Libertad de contratar.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...).”*

Donde el principio-derecho fundamental de autonomía de la voluntad es reforzado con clara mención del *derecho de acceso al arbitraje*.

También, cabe resaltar el artículo 62° de la Constitución vigente que dispone que: “(...) *Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...)*”.

De lo cual se precisa que los conflictos derivados de la contratación pueden ser solucionados no solo a través del Poder Judicial sino a su vez por medio del Arbitraje. Empero, resulta a su vez necesario precisar que el arbitraje no tiene su fuente específica en las libertades contractuales sino en el ya mencionado principio de autonomía de la voluntad, siendo el contrato tan sola una de sus manifestaciones, aunque el más importante<sup>381</sup>. Siendo por tanto, a nuestro criterio, el reconocimiento de la libertad civil (o autonomía de la voluntad) suficiente para la constitucionalidad de la práctica del arbitraje, debido a que este mecanismo no sólo es heterocompositivo sino a su vez una forma adoptada naturalmente por el hombre en toda sociedad fruto de su libertad y la razón, únicas y exclusivas del ser humano.

Bien podríamos atrevernos a afirmar que aún en gobiernos despóticos o autoritarios, no podría prohibirse la práctica del arbitraje, sino en todo caso regularla o limitarla en alguno de sus aspectos; pues lo contrario importaría abdicar a la libertad y la justicia como bienes y valores naturales y racionales de toda sociedad.

---

<sup>381</sup> Hoy por hoy, el arbitraje ha “invadido” en casi todos los aspectos del derecho; es así que se puede hablar no solo de arbitraje comercial, de inversión, sino que este medio heterocompositivo se presenta de utilidad para resolver a su vez para asuntos de derecho de familia, tributario, societario, sucesiones, laboral, penal, medio ambiente, etc. Ver a este respecto, interesantes trabajos en: “*Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*” (Primera y Segunda Parte), Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 3 y 4, Palestra Editores, Lima, 2007.

#### 4.4.4.2. Constitucionalización de la dimensión “justicia”

El arbitraje no solo encuentra su fundamento en la libertad. De hecho que la libertad es su causa-fuente, pero no toda su razón de ser. La *ratio essendi* de nuestra institución se halla también en su causa-fin. ¿Para qué existe el arbitraje? Para hacer justicia entre los hombres en los conflictos intersubjetivos de derechos disponibles se presenten en su vida de relación.

La justicia (y también la *justicia arbitral*) no sólo es una aspiración de un ciudadano en concreto respecto a una *litis*, sino también de toda la sociedad que a través de su recta solución anhela la “*paz social en justicia*” de la que siempre nos hablaba Francesco CARNELLUTTI<sup>382</sup>.

En este sentido, respecto a este aspecto de la constitucionalización del arbitraje, hemos visto que ninguna de nuestras Constituciones hace referencia a ello, salvo las Constituciones de 1979 y 1993 que en idénticos términos, hacen referencia a la “jurisdicción arbitral” en el ya citado inciso 1 del Art. 139; a saber:

*“Artículo 139°.- Principios y derechos de la función jurisdiccional.-*

*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)*

*3. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*

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

Pero, este artículo no sólo ha constitucionalizado este aspecto del arbitraje, sino que a su vez ha otorga al arbitraje el carácter de jurisdicción de excepción, al lado de la jurisdicción militar, y alternativo a la jurisdicción estatal. En esto hay concordancia tanto en la doctrina constitucional como en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

<sup>382</sup> JUAREZ JURADO, Eder. “La triple dimensión conceptual de la función jurisdiccional”. Revista Jurídica del Perú –Normas Legales, N° 140, Lima, Octubre, 2012.

En sede nacional, el profesor César LANDA ARROYO, expresa por ejemplo que: *“En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción de excepción, a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 (artículo 233, inciso 1). Esta disposición constitucional se ha reproducido, a su vez, en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución vigente y ha sido materia de recientes pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional. El mismo que –en tanto supremo intérprete de la Constitución- ha visto la necesidad de definir los contornos constitucionales y los principios aplicables a la jurisdicción arbitral, a fin de armonizar y optimizar su relación con los demás órganos jurisdiccionales que imparten justicia en el ejercicio legítimo de las atribuciones que les han sido constitucionalmente conferida”*<sup>383</sup>.

Ernesto ÁLVAREZ MIRANDA y Carolina CANALES CAMA manifiestan también que: *“En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción de excepción, (...). Sin embargo, el debate en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje es permanente. Al respecto, debemos partir por establecer que no puede pretender desconocerse el texto expreso de la Constitución, que el Tribunal Constitucional está encargado de tutelar. Lo cual tiene importante implicancia sobre la fuente misma de la legitimación de los árbitros para resolver, de manera definitiva, las controversias sometidas a su conocimiento...”*<sup>384</sup>.

A su turno, Fernando VIDAL RAMÍREZ nos dice que: *“[...] , cualquiera que sea el tenor de los textos constitucionales que hacen referencia al arbitraje, y aún cuando su mención sea omitida, pero esté autorizado y regulado legalmente, más*

<sup>383</sup> LANDA ARROYO, César. *“El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. En: *“Arbitraje”*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 21, Palestra Edit., Lima, 2009, pág. 17.

<sup>384</sup> ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y CANALES CAMA, Carolina. *“El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de la jurisdicción arbitral”*. En: *“Arbitraje”*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 13, Palestra Edit., Lima, 2010, págs. 26-27.



*allá de los textos, considero que puede y debe sostenerse que el arbitraje constituye una función jurisdiccional, desde que los árbitros deben declarar el derecho que asiste a una de las partes al resolver la controversia que han sometido a su conocimiento... ”<sup>385</sup>. Aunque después precisa que: “[E]l arbitraje no es, pues, consecuencia de una comisión ni de una delegación de la jurisdicción ordinaria, sino de la autonomía de la voluntad privada que origina una jurisdicción independiente, si se quiere de excepción, que no afecta el principio constitucional de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional ejercida por los órganos del Estado. La jurisdiccionalidad del arbitraje se origina en lo que en el Perú hemos resumido con el nomen iuris de convenio arbitral... El convenio arbitral es, simplemente, la fuente jurídica del arbitraje y tiene plena eficacia jurídica y oponibilidad”<sup>386</sup>.*

Ricardo VÁSQUEZ KUNZE manifiesta que: “No nos cabe duda de que el arbitraje tiene una función jurisdiccional en la medida de que los árbitros están autorizados por la Constitución a ‘decir el derecho’ en una controversia determinada, ¿si no, cuál sería el objeto y gracia del arbitraje? Para nosotros, ése es el elemento fundamental de toda función jurisdiccional. Pero, no nos cabe tampoco la menor duda de que ese elemento fundamental, en caso del arbitraje, nace por medio de un contrato permitido por la ley. Así, únicamente se ventilará en esta institución una controversia en tanto exista un contrato que faculte la actuación de los árbitros. Esto significa que ausente el contrato, no será posible de se proceda a resolver controversia alguna por medio del arbitraje”<sup>387</sup>.

En la doctrina extranjera, Roque CAIVANO afirma que: “Aunque la tradicional doctrina procesal haya pretendido negarlo o minimizarlo, hoy se

<sup>385</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Jurisdiccional del Arbitraje”. En: “Revista Peruana de Arbitraje”, N° 3/2006, Edit. Jurídica Grijley, Lima, 2006, pág. 560.

<sup>386</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Jurisdiccional del Arbitraje”. En: “Revista Peruana de Arbitraje”, N° 3/2006, Edit. Jurídica Grijley, Lima, 2006, pág. 560.

<sup>387</sup> VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *La Constitución del Perú y la Teoría Jurisdiccional del Arbitraje*. En: “Arbitraje”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 8, Palestra Edit., Lima, 2009, págs. 57-58.

*reconoce que los árbitros y amigables componedores también ejercen jurisdicción, ya que en su desempeño se encuentran las características propias de aquella. Admitir la jurisdicción en manos privadas, ejercida por árbitros libremente elegidos por las partes, no es sino reconocer en los hechos la equiparación que tiene la autonomía de la voluntad de los particulares sobre sus derechos disponibles con la propia ley... ”<sup>388</sup>.*

En otro de sus trabajos, el arbitrarista argentino precisa que: *“No cabe duda que los árbitros ejercen una función esencialmente jurisdiccional. Aun cuando carecen de imperium, lo que define la esencia de la jurisdicción es la atribución cognitiva y decisoria, y el efecto que esta decisión tiene, independientemente de si el órgano que la dictó puede ejecutarla forzosamente por sí mismo o si debe recurrirse al auxilio de otro. Sin embargo, es evidente que la jurisdicción de los árbitros no es exactamente igual a la de los jueces. Entre otras diferencias –que, sin embargo, no alteran la similitud sustancial, consistente en resolver de manera vinculante y obligatoria- interesa aquí destacar que la jurisdicción de los tribunales judiciales tiene carácter imperativo y amplio (no depende de un acto voluntario de adhesión ni tiene límites respecto de las materias que pueden someterse a su decisión), mientras que la jurisdicción arbitral es voluntaria y limitada”<sup>389</sup>.*

Tenemos también a la española Silvia BARONA VILAR que afirma que: *“No se trata de una cuestión baladí. Responde a una concepción diversa: el arbitraje es un medio de tutela, exactamente igual que la Jurisdicción; los laudos arbitrales tienen efecto de cosa juzgada, igual que las sentencias. La función de los árbitros es igual que la que se ejerce por los órganos jurisdiccionales en cuanto a la función declarativa. Así, Jurisdicción y Arbitraje, Arbitraje y Jurisdicción coexisten y perviven como dos posibilidades, dos realidades, que, en suma, son respuestas que*

---

<sup>388</sup> CAIVANO, Roque. *El Control Judicial en el Arbitraje*. AbeledoPerrot S.A., Buenos Aires, 2011, pág. 13.

<sup>389</sup> CAIVANO, Roque. “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”. En: “*Revista Peruana de Arbitraje*”. N° 2/2006, Edit. Jurídica Grijley, Lima, 2006, págs. 115-116.

se asumen desde la autonomía de la voluntad. Es el ciudadano el que decide si quiere acudir a los árbitros o a los jueces”<sup>390</sup>.

Y, finalmente el francés Bruno OPPETIT también está seguro de que: “- El arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlín: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia, privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de jurisdicción en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco dentro del que es ejercida; este marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución: desde el instante en que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural (y no solamente en el arbitraje institucional), así sea en forma más adaptadas a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualquiera que ésta sea”<sup>391</sup>.

El Tribunal Constitucional nuestro, por su parte, ha ido incluso mucho más lejos al sostener, en el Expediente N° 6167-2005-PHA/TC, enfáticamente que: “Este tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral sobre materias de carácter disponible, con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad administrativa o judicial ordinaria”. Y, que: “(...) la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se funda en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución...”<sup>392</sup>.

<sup>390</sup> BARONA VILAR, Silvia. “Arbitraje en el modelo de justicia español del Siglo XXI”. En: “Derecho Arbitral”, Frank GARCÍA ASCENCIOS (Director), Edit. ADRUS S.R.L., Lima, 2013, págs. 13-14.

<sup>391</sup> OPPETIT, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Legis Editores S.A., Bogotá, 2006, pág. 57.

<sup>392</sup> STC N° 6167-2005-HC/TC. Ver la sentencia en:

Sin embargo ¿este aspecto corresponde a una debida constitucionalización del arbitraje?; es decir, ¿es realmente el arbitraje una jurisdicción?

Respecto, de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje plasmado en la Constitucional nuestra, existen autores en nuestro medio que exponen con certeros fundamentos la negación de tal naturaleza jurídica, que también nosotros las compartimos. Así, por ejemplo, Aníbal QUIROGA LEÓN considera categóricamente que: “[s]e debe eliminar la referencia a una jurisdicción arbitral ya que técnicamente es inadecuada. Ello no descarta la conveniencia de un reconocimiento constitucional expreso de los diferentes medios alternativos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación y conciliación”<sup>393</sup>.

La profesora Marianella LEDESMA NARVÁEZ expresa, aunque probablemente con razones de “salvataje”, es decir pretendiendo brindar una interpretación constitucional, que: “(...) No hay que confundir función jurisdiccional con jurisdicción, entendida esta última como sinónimo de competencia en atención a la especialización que el desarrollo de las funciones requiere. El propio mandato constitucional es claro al afirmar la unidad y exclusividad de la ‘función jurisdiccional’, pero no de la jurisdicción, pues ella está repartida como expresión de competencia en los diversos ámbitos especializados del ejercicio del poder... Frente a este panorama, el TC ha reafirmado el carácter jurisdiccional del arbitraje en su pronunciamiento emitido en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC-Lima. Por nuestra parte, sostenemos que el arbitraje no es expresión de función jurisdiccional, sino una actividad regida por el principio de autonomía de voluntades y que la referencia a ella se encuentra en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución, donde se afirma que esta debe ser calificada como un tema de competencia y no de actividad jurisdiccional. Como ya se ha señalado, a la función jurisdiccional se le atribuye

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

<sup>393</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la Administración de Justicia”. En: “La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación”, Lima, Cultural Cuzco, pág. 128.

*diversos atributos, como el conocer y decidir el conflicto y la ejecución de lo decidido recurriendo a la vis compulsiva de la jurisdicción; situación que no se aprecia en la actividad arbitral pues siempre buscará apoyo de la jurisdicción para la ejecución de la cautela y de los laudos con prestaciones de condena. ¿Cómo se puede calificar de función jurisdiccional a una actividad privada, que de por sí carece del poder de la executio? La falta de ese atributo en la actividad arbitral niega su condición de acto jurisdiccional, sin que ello signifique que no sea un mecanismo válido, reconocido constitucionalmente, como una justicia alterna a la estatal”<sup>394</sup>.*

En otra parte, la referida profesora y magistrada, continua que: “Como ya se ha sostenido, citada norma constitucional hace referencia a la función jurisdiccional y a la jurisdicción. Ambas encierran significación diversa pues no se puede equiparar bajo una sola categoría definiciones diferentes. La función jurisdiccional debe ser entendida como el poder-deber que tiene el Estado para otorgar tutela a los litigantes que recurren a él para hacer realidad el derecho objetivo. Para ello gozan de diversos poderes, como la notio, vocatio, la iuditio, la coertio y la executio; poderes que no se encuentran en su totalidad en la actividad que puedan desarrollar los árbitros. Si bien la Constitución hace referencia a la jurisdicción, hay que entender como una expresión de competencia objetiva que puede ser dispuesta por los particulares cuando se trate de materias disponibles, a fin de que sean de conocimiento por jueces privados. De esta forma se produce el desplazamiento de la competencia o la derogación de la competencia por arbitraje; por tanto, se puede afirmar que la función jurisdiccional es única, exclusiva y ejercida por el Poder Judicial. No cabe considerar al arbitraje, incluso de manera excepcional, como jurisdicción, ya que la base y el sustento del arbitraje es el contrato. Así como las partes han acordado celebrar determinados negocios, también han convenido el modo de resolver los posibles diferendos. Es justicia privada porque nace de un contrato que tiene por presupuesto el ejercicio de la autonomía de la voluntad y un

---

<sup>394</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición, Fondo Edit. PUCP, Lima, 2010, pág. 43.

*principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad, como el acogido en el artículo 62 de la Constitución*<sup>395</sup>.

Y, culmina diciendo que: *“Por otro lado, cuando el tribunal sostiene que los árbitros como componedores jurisdiccionales están sujetos a la jurisprudencia constitucional del tribunal, les atribuye el carácter jurisdiccional, ya que estos están obligados a respetar los derechos fundamentales. No compartimos este criterio, pues los derechos fundamentales son de aplicación absoluta en cualquier proceso sin distinción. Nadie está exento de no respetarlos. En caso de afectación, el titular se encuentra en aptitud de recurrir a los mecanismos de garantía constitucional para conseguir su inmediata reposición y respeto. No es necesario atribuir los efectos de la función jurisdiccional para el respeto a los derechos fundamentales; estos existen y son considerados como tal, aún bajo la óptica privatista del arbitraje*<sup>396</sup>.

Pero, a nuestro entender es el magistrado Jaime ABANTO TORRES, quien expresa buenas razones que dan cuenta que el arbitraje en modo alguno constituye una “jurisdicción”; el referido magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima nos dice que: *“El Tribunal considera que la jurisdicción arbitral es un ejercicio de la función jurisdiccional y como tal se encuentra vinculada a las decisiones del Tribunal Constitucional. Nos preguntamos, ¿Por el hecho de no ser el arbitraje un ejercicio de la función jurisdiccional, no se encontraría sometido a la Constitución? Teniendo en cuenta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la respuesta es negativa. Entonces, constituya o no un ejercicio de la función jurisdiccional, resulta claro que el arbitraje está sometido a la Constitución. Luego, era innecesario asimilar el arbitraje a la jurisdicción para decir que se encuentra sometido a la Constitución*<sup>397</sup>.

<sup>395</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ob. Cit.*, pág. 52.

<sup>396</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ob. Cit.*, pág. 53.

<sup>397</sup> ABANTO TORRES, Jaime David. *“El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales”*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3/2006, Lima, pág. 167.

Visto así el panorama doctrina y jurisprudencial, y ya a nosotros, no queda más que decir que recurriendo nuevamente a los esbozados fundamentos (jussociológico y jusfilosófico) del arbitraje, si bien el arbitraje tiene de común con la jurisdicción (o función jurisdiccional, como quiera llamársela) que ambos son mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos en una sociedad, sin embargo resulta claro que la jurisdicción es una de las potestades que se atribuye, reserva en forma única y exclusiva el Estado para dirimir los conflictos de intereses (de interés público o de disposición privada) que se suscite en su territorio.

En este sentido, el arbitraje no puede ser ni siquiera equiparado a la jurisdicción, es ésta quien más bien encuentra su antecedente en aquél, ya que –como también hemos manifestado– el arbitraje es históricamente anterior al propio Estado y a la función jurisdiccional. Se podría afirmar con certeza que donde en sus inicios hubo sociedad no necesariamente hubo Estado ni jurisdicción; sino, antes bien, métodos naturales de composición de litigios inevitables en todo grupo humano; entre ellos: el arbitraje.

Entonces, ¿qué es el arbitraje? La respuesta no la podemos encontrar sino en los fundamentos filosóficos del arbitraje, ya analizados a su vez casi al inicio del presente trabajo.

Consideramos que, en realidad, el error de catalogar o equiparar al arbitraje con la jurisdicción parte de la propia estructuración del sistema de administración de justicia en la Constitución. No hay una real concepción de la justicia en la Constitución, se dice que: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes*” (Artículo 138°). Si bien, la Constitución con ello se refiere a la justicia que el Estado imparte a través del Poder Judicial y otros órganos especializados que forman parte también del Estado, sin embargo la justicia no es privativa de los órganos jurisdiccionales. La potestad de administrar justicia no sólo emana del pueblo ni se ejerce sólo por el Poder Judicial. El concepto de soberanía

popular es la que legitima a la “función jurisdiccional”. Todo poder que ejerce el Estado emana del pueblo, dentro de ellos el Poder Jurisdiccional; pero en modo alguno al arbitraje encuentra su legitimación en tal concepto de “soberanía popular”, hemos dicho hasta la saciedad que antes del Poder del Estado ya existía (y probablemente exista en tanto exista conflictos) como mecanismo natural y luego alternativo al del estado, el *arbitraje*. El fundamento que legitima el arbitraje proviene también de un “Poder”, pero no del pueblo, sino de los propios particulares, de cada persona, sustentado en la libertad y la autonomía de la voluntad.

Empero, venga de donde provenga el poder de resolver conflictos, es decir si del Pueblo refiriéndonos al que monopoliza el Estado y al que alternativamente corresponde a los particulares a través del arbitraje, lo claro y concreto es que ambos mecanismos tienen por finalidad alcanzar la “*justicia*” para el logro de la “*paz social*”. Ambos mecanismos heterocompositivos (estatal y privado) son formas de impartir justicia, mecanismos “de administración de justicia”, siendo incluso el arbitraje una forma muchos más natural de administración de justicia, por cuanto en tanto la *jurisdicción* tiene como instrumento para dicho fin al Derecho (por cuanto la jurisdicción no es sino la declaración y efectivización del derecho que el Juez hace en un caso concreto), en cambio el arbitraje no solo tiene como medio de alcanzar la justicia a través del derecho (arbitraje de derecho) sino también mediante la razón y el leal saber de los árbitros (arbitraje de conciencia o de equidad). En este sentido, se puede con seguridad afirmar que este es uno de los aspectos de mayor conveniencia que se tiene con el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En suma, creemos que la Constitución debió darle su real dimensión al arbitraje reconociendo como uno de los mecanismos naturales para resolver conflictos de intereses de libre disposición de las partes, es decir, alcanzar la justicia en tales conflictos, no sólo recurriendo al Poder Judicial ni forzando el concepto de “jurisdicción”.



En este sentido, podemos decir que existe un Derecho a la Justicia que corresponde a toda persona en tanto ser humano, *ser* con dignidad. La Justicia puede ser brindada o hallada en el Estado (Justicia Estatal a través de la jurisdicción o función jurisdiccional) o entre los propios particulares pero acudiendo a la razón y la libertad (Justicia Arbitral o función arbitral). Así, ambos (es decir, la jurisdicción y el arbitraje) son medios de impartición de justicia, y por ende, ambos están sujetos al respeto de los principios y garantías de la debida y justa administración de justicia, esto es la tutela jurisdiccional y el debido proceso (denominados en la Constitución de 1993 como principios y derechos de la función jurisdiccional, Art. 139°).

Como bien afirman José PALOMINO MANCHEGO y Mario CHÁVEZ RABANAL: *“El arbitraje es una alternativa de solución de controversias que tiene una manifestación estrictamente privada, delegándole el Estado la solución de determinadas controversias en el caso de que los particulares así lo concertaran. Y esta solución consensuada, como tal, dentro del ordenamiento constitucional debe ser respetuosa de los principios y derechos constitucionales”*<sup>398</sup>.

Resultan interesantes en este sentido, las palabras del enciclopedista Bruno OPPETIT al decir que: *“El arbitraje, en cualquiera de sus modalidades, hace parte de la misma búsqueda del ideal de justicia que persiguen las jurisdicciones estatales, como la había presentado H. Motulsky: hoy en día la misma filosofía del debido proceso impregna las finalidades y los principios de organización de toda forma de justicia pública o privada contribuyendo, así, a instaurar la función de juzgar sobre bases comúnmente aceptadas y respetadas”*<sup>399</sup>. Y que: *“(…) La idea contemporánea de justicia ha sido desinstitucionalizada: tendemos a ver en la justicia un bien público más que un servicio público...Por consiguiente, las formas de justicia privada adquieren por ellas mismas una legitimidad independiente de todo reconocimiento estatal. El juez privado, quien no puede apoyarse como el juez*

<sup>398</sup> PALOMINO MANCHEGO, José y CHÁVEZ RABANAL, Mario. “El control constitucional de la jurisdicción arbitral”. En: *Arbitraje y Constitución*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 21, Palestra Edit., Lima, 2012, pág. 242.

<sup>399</sup> OPPETIT, Bruno. *“Teoría del Arbitraje”*. Legis Editores S.A., Bogotá, 2006, pág. 265.

*público de la inserción en el aparato estatal en cuyo nombre dice el derecho y resuelve los litigios, encuentra en su aptitud a juzgar una legitimidad propia, fundada en el capital simbólico que representa su capacidad de juzgar, su competencia y su neutralidad: la adhesión voluntaria del justiciable se sustituye al efecto de autoridad que sólo conoce la justicia pública... ”<sup>400</sup>.*

Es por ello que consideramos que el arbitraje debe estar expresamente reconocido en la Constitución, más creemos que en lugar de “*jurisdicción arbitral*” se debió hablar de “*justicia arbitral*” como mecanismo alternativo de la “*justicia estatal*”. La categoría “*jurisdicción arbitral*” es un error, teniendo en cuenta que la jurisdicción es históricamente identificable a la función de administración de justicia que se atribuye exclusiva y excluyentemente el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales y encuentra su legitimación en la doctrina de la soberanía popular, para el arbitraje tal doctrina le es ajena.

#### 4.4.4.3. Constitucionalización de la dimensión “procedimiento”

A este respecto, debe en principio precisarse que en la realización tanto de la *función arbitral* como de la *función jurisdicción* existe algo en común, por cuanto en ambos casos su realización se da a través de un conjunto de actos dialécticamente concatenados hacia el arribo de un fin: la solución del pleito. Este conjunto de actos constituye –hemos dicho– el *procedimiento arbitral* (actividad arbitral según la Ley de Arbitraje) y el *proceso jurisdiccional*, en los cuales los órganos resolutores (árbitro y juez) adoptan decisiones no solo la que pone fin al proceso o procedimiento, sino las conducentes a dicho fin, las cuales pueden afectar la razón, la justicia y demás derechos fundamentales; es por ello que la Constitución a su vez instituye una serie de derechos-principios-garantías mínimas que tienen por propósito a que ese conjunto de actos y/o actividades se realice en forma justa, razonable y

<sup>400</sup> OPPETIT, Bruno. *Ob. Cit.* Págs. 40-41.

equitativa, constituyendo precisamente este conjunto de garantías mínimas el llamado *debido proceso* (*due process of law* en la tradición inglesa).

Así, el artículo 139 de la Constitución establece como principios y derechos de la función jurisdiccional:

*“3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.*

Empero, el debido proceso no solo está compuesto por las garantías establecidas en este inciso, sino también por las enunciadas a lo largo del referido Art. 139. En efecto, porque forman parte del debido proceso, derechos como: la pluralidad de instancia, publicidad de los procesos, motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias, no ser penado sin proceso judicial ni en ausencia, no ser privado del derecho de defensa, prohibición de revivir procesos fenecidos, prohibición de aplicación de la ley penal por analogía, entre otros.

Ahora bien, siendo que la naturaleza teleológica tanto del procedimiento arbitral como del proceso judicial es una sola: la prosecución de la justicia. Por tales motivos es que también en el procedimiento arbitral se encuentra a su vez garantizada por esa serie de derechos que conforman el llamado *debido proceso* en lo que le fuere aplicable y a lo que se podría llamar *debido procedimiento arbitral*.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que: *“4. Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en los que respecta a los ámbitos sobre las que se*

aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que cada uno o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc....”<sup>401</sup>.

Siendo ello así, varias de las garantías-principios a los que en el Art. 139 Constitución están referidos como debido proceso, serían a su vez aplicables al procedimiento arbitral, y conformarían el bloque de garantías-derechos-principios del llamado *debido procedimiento arbitral*.

Sin embargo, se tiene que la Constitución ha preferido regular los “*principios y derechos de la función jurisdiccional*” (Art. 139) y referirse dentro de ellos al “*debido proceso y la tutela jurisdiccional*”, categorías que no concuerdan con la naturaleza de la justicia arbitral.

Es por ello que también, sin necesidad de especificar los principios y derechos de la función arbitral, debe sin embargo modificarse los extremos del referido artículo 139 y el referido inciso 3 en el sentido que debe referirse a “principios y garantías de la impartición de justicia” (en el entendido que en realidad de dichas garantías corresponde a toda forma de impartición de justicia que brinde no solo el Estado (justicia estatal, administrativa, militar, etc.) sino también a la que brindan los particulares, entre ellos el arbitraje).

---

<sup>401</sup> STC N° 03075-2006-AA/TC. Ver íntegro de sentencia en:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03075-AA.html>>

#### 4.5. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El control constitucional de las leyes o de las normas jurídicas en general se fundamenta en el carácter normativo de la Constitución y el principio de supremacía constitucional, en lo que Hans KELSEN llamaba norma fundante básica, lo cual implica que el fundamento de validez formal y sustantiva de todas las normas que forman parte del sistema jurídico sólo puede encontrarse en la Constitución.

La justicia constitucional viene a constituir precisamente “el conjunto de instituciones y medidas mediante las cuales el Estado resguarda su existencia y ordenamiento frente a los peligros que le amenaza desde adentro (...), todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo la observancia de la Constitución”<sup>402</sup>.

Por tanto, el control de constitucionalidad importa la existencia de una Norma Fundamental respecto del cual pueda evaluarse y emitirse una decisión de compatibilidad o incompatibilidad con dicha Norma Fundamental tanto de los actos del propio Estado (y sus instituciones todas) como de los propios particulares entre sí, tanto de las normas como de los actos de contenido jurídico que transgredan la Constitución en su forma y contenido.

Como bien señala José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “El nacimiento de la justicia constitucional exige la aceptación previa de la idea de supremacía constitucional. Aquella puede ser vista como una consecuencia de ésta ya que si la Constitución es suprema no puede admitir que norma inferiores la contradigan, por lo que se hace necesario articular un mecanismo que fiscalice la adecuación de las normas inferiores a la Norma Fundamental. El principio de supremacía

---

<sup>402</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. II. Edit. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 279.

constitucional se asienta en el carácter normativo de la Constitución, que hace de ésta no un conjunto de principios programáticos sino verdadera norma jurídica”<sup>403</sup>.

El principio de supremacía constitucional, que se encuentra consagrado en el artículo 51 de la Constitución, el cual dispone con claridad que: *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.* Es decir, exige que toda norma del ordenamiento legal, del ámbito nacional, regional, local o institucional, así como todo acto de autoridad emanado de los Poderes Estado, Legislativo o Judicial, a través de cualquiera de sus instituciones y órganos que la conforma, se ajuste y respete las normas, derechos, principios y valores consagrados en la Constitución.

Carlos BAEZ SILVA manifiesta que la supremacía de la Constitución se fundamenta en el carácter normativo de dicho cuerpo normativo, y que además ser la más importante, preside el ordenamiento jurídico, pues “no solo crea el Estado y lo divide en órganos, sino que le atribuye a dichos órganos diversas facultades y obligaciones, [además] regula o norma conductas de los hombres, [previniendo] mecanismos para forzar el cumplimiento de las obligaciones que impone y resguardar los derechos que consagra, al mismo tiempo que establece sanciones a quienes se resistan a cumplirla o abiertamente realicen conductas no permitidas por la misma. Entonces, puede afirmarse que la Constitución es una norma jurídica, o mejor dicho, un conjunto de normas jurídicas supremas, fundamentales”<sup>404</sup>.

El profesor Gerardo ETO CRUZ manifiesta también que:

“Una de las consecuencias naturales del carácter normativo de la Constitución es el tema del control constitucional; el que a su vez se refleja en uno de los

<sup>403</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*. Edit. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 22.

<sup>404</sup> BAEZ SILVA, Carlos. “*La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*”. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N° 105, México, D.F., 2001, pág. 382.

aspectos medulares en la construcción de la jurisdicción constitucional, consistente en el axioma de que no existe ningún órgano exento de del control constitucional. Así, en esta perspectiva el TC peruano ha señalado que:

*‘afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una meda carta política referencial, incapaz de vincular al poder (...). Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares’.*

Dicho control constitucional no se circunscribe, sin embargo, en palabras del TC, sólo al control formal y material de actos positivos, sino que incluye también las *omisiones* en que incurran las autoridades estatales y que supongan un quebrantamiento de la Constitución (...)<sup>405</sup>.

En otro pronunciamiento, el Tribunal Constitucional ha declarado que: *“El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según el cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto”*<sup>406</sup>.

<sup>405</sup> ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Edit. ADRUS, Cuarta Edición, Lima, 2011, pág. 87.

<sup>406</sup> STC N° 4053-2007-PHC/TC, Fundamento Jurídico 12. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2008/04053-2007-HC.html>

#### 4.5.1. Sistemas de control constitucional:

Según doctrina constitucional uniforme, son dos los sistemas o modelos de control de constitucionalidad. Existe en principio un sistema esencialmente político de constitucionalidad y otro sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, pero este último se bifurca a su vez en dos modelos como son el sistema de control difuso (modelo americano) y el sistema de control concentrado (modelo europeo continental). Asimismo, según el objeto de control, el control de constitucional puede recaer sobre las normas pero también sobre los actos públicos y de los particulares. Veamos.

##### 4.5.1.1. El sistema de control político:

En este sistema o modelo, el control de constitucionalidad es encargada a un órgano político o esencialmente político, como lo sería el propio Poder Legislativo o una institución constituida sobre la base de una designación política, como ocurre con el Consejo Constitucional de Francia.

Como afirma José RIVERA SANTIVÁÑEZ: *“Existe aquí una clara posición antijudicialista, es decir, la desconfianza del sistema político en la labor de los jueces y la excesiva confianza en la voluntad general, expresada en la revolución francesa por fuertes corrientes de pensamiento, tiene en Francia como el país arquetipo del modelo. Es un sistema que, en la actualidad, ya muy pocos países la han adoptado, tal es el caso de Cuba”*<sup>407</sup>.

Según Ignacio BURGOA este sistema de control “[s]e caracteriza (...) en que la petición o solicitud de declaración de inconstitucionalidad de un acto o de una ley

---

<sup>407</sup> RIVERA SANTIVÁÑEZ, José. *“Supremacía Constitucional y Sistema de Control de Constitucionalidad”*. Véase en: *“Derecho Procesal Constitucional”*. Tomo I (Susana Castañeda Otsu, Coordinadora), Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2004, pág. 59.



la hacen las mismas autoridades contra aquella o aquellas autoridades responsables de la violación. Por otra parte, el procedimiento observado para hacer la declaración mencionada no es contencioso, es decir, en él no se entabla una verdadera o controversia entre el órgano peticionario y la autoridad contraventora de la Constitución, sino que estriba en un mero estudio hecho por el poder contralor acerca de la ley o actos reclamados, con el fin de conducir si son constitucionales o no. Por último, la resolución pronunciada no reviste el carácter de una sentencia, ya que esta recae únicamente en los procedimientos de contención, teniendo aquella efectos *erga omnes*, esto es, generales y absolutos<sup>408</sup>.

#### 4.5.1.2. El sistema de control jurisdiccional:

Bajo este modelo, el control de constitucionalidad está encomendado a un órgano dotado de jurisdicción y competencia para ejercer el control a través de un procedimiento especial previsto por ley. La doctrina diferencia dos variantes en este sistema de control de constitucionalidad teniendo en consideración básicamente el órgano que cumple tal labor de control. En este sentido se distingue el sistema de control jurisdiccional difuso o modelo americano y el sistema de control jurisdiccional concentrado o modelo europeo. Veamos.

##### a) El sistema de control difuso (modelo americano)

Para Jaime FLORES CRUZ:

“El control difuso o llamado sistema americano de control judicial de la constitucionalidad, surgió a partir de 1803, cuando la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Norteamérica al fallar el caso *Marbury vs. Walton*,

<sup>408</sup> BURGOA O., Ignacio. *El Juicio de Amparo*. Edit. Porrúa, Vigésimo quinta edición, México D.F., 1988, pág. 168.

declaró contraria a la Constitución una ley que creaba cargos judiciales de índole menor, ejerciendo así su facultad controladora de las leyes, en atención a la supremacía de la Constitución, es decir, la revisión judicial de las leyes o *judicial review* (...).

Así, el sistema americano consiste principalmente en el reconocimiento a los juzgadores, sea cual sea su categoría, de no aplicar las leyes secundarias que consideren contrarias a la Constitución, mas el efecto de dicha declaratoria de inaplicabilidad es únicamente para el caso concreto, ya que la resolución dictada surte efectos sólo entre las partes que plantearon la controversia, aunque esta barrera puede ser eliminada a través del principio *stare decisis* o ‘doctrina de los precedentes’, que señala que las decisiones tomadas en casos particulares adquieren obligatoriedad en los casos análogos siguientes, por lo que materialmente adquieren efectos generales.

En otras palabras, la particularidad de este sistema de control constitucional consiste en dotar a todo el aparato judicial de la vigilancia, cumplimiento y observancia del texto constitucional, es decir, se deposita la confianza a todos los tribunales, para hacer valer la Constitución, como norma superior a cualquier otra emanada en el Parlamento, por lo que en el caso de que esta última sea contraria a la Carta Magna, los tribunales no están obligados a cumplirla.

De lo anterior podemos concluir que a este sistema se le denomina difuso, por las razones siguientes:

- 1.- Porque habilita a los juzgadores, sin importar su jerarquía, para inaplicar una ley que considere contraria a la Constitución;
- 2.- Porque la resolución de las cuestiones constitucionales no se distingue de la jurisdicción ordinaria.

El punto medular es la supremacía de la Constitución, de ahí que lo importante sea defenderla a cualquier nivel y en cualquier materia, sin la necesidad de un órgano especializado en la resolución de conflictos meramente constitucionales. Los tribunales son los órganos encargados de decir el derecho aplicable y de mantener el control constitucional de los actos de poder, esto es, corresponde a los tribunales interpretar y aplicar la Constitución.

Los jueces ordinarios, pueden aplicar directamente la Constitución, por lo que pueden dejar de aplicar la ley, lo que tiene su sustento en la supremacía de la propia Constitución y en la confianza que se tiene hacia los jueces, como su aplicador natural”<sup>409</sup>.

Para nuestro profesor Omar CAIRO ROLDÁN:

“Exite un sistema de control difuso de la constitucionalidad normativa cuando en un ordenamiento se reconoce a todos los órganos que realizan actividad jurisdiccional la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes aplicables a los procesos que conocen. Su punto de partida es el reconocimiento del deber judicial de hacer prevalecer a la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico (la Constitución) frente a las normas legislativas ordinarias que la contravengan. Por lo tanto, no hace falta que las normas escritas reconozcan esta competencia para que los jueces se consideren habilitados para ejercerla. Así, sin una norma escrita que mencionara esta atribución, este sistema se inició en Inglaterra (en 1610) con una resolución del ‘Tribunal de Causas Comunes’ presidido por el Juez Edward Cocks. Así también ocurrió en 1803, cuando la Corte Suprema estadounidense, presidida por John Marshall, declaró nula una ley inconstitucional. El Perú, lamentablemente, arrastra una tradición jurisprudencial diferente. En 1955, por

---

<sup>409</sup> FLORES CRUZ, Jaime. *“Interpretación constitucional y control sobre el órgano de control constitucional”*. Ver versión electrónica en:

<[http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios\\_002.pdf](http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios_002.pdf)>

ejemplo, la Corte Suprema de la República se declaró inhabilitada para dejar de aplicar una ley contraria a la Constitución, pese a que existía una norma legal (artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil) que le reconocía esta atribución. Esta declaración fue formulada en la resolución final del proceso de Hábeas corpus iniciado por el representante del ex Presidente peruano José Luis Bustamante y Rivero (...).

Otra característica del control difuso consiste en que la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes corresponde no sólo a los jueces del Poder Judicial, sino también a todos los demás órganos que ejercen función jurisdiccional en un Estado. Ello es así porque, siendo la jurisdicción –desde el punto de vista de la Teoría General del Proceso- una función que consiste en resolver de manera definitiva los conflictos de intereses y las incertidumbres, ambos con relevancia jurídica, sería intolerable que su ejercicio se realizara mediante la aplicación de normas inconstitucionales. Por eso todos los órganos distintos del Poder Judicial que realizan función jurisdiccional –en el Perú, por ejemplo, el Jurado Nacional de Elecciones (en materia electoral) y el Tribunal Constitucional (en materia constitucional)- también tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma que, siendo aplicable a uno de los procesos a su cargo, contenga una contravención de la Constitución (...)<sup>410</sup>.

A decir de RIVERA SANTIVÁÑEZ, este sistema “[i]mplica que todos los jueces tienen la potestad y obligación legal de aplicar la Constitución con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a los decretos o resoluciones; de manera que, como dice Fernández Segado (1977<sup>a</sup>: 1036), ‘todos los jueces están habilitados inaplicar aquellas leyes que juzguen contrarias a la Constitución’. El mismo autor cita además a Mauro Capelletti, según quien ‘en este sistema se atribuyen a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico, que lo

---

<sup>410</sup> CAIRO ROLDAN, Omar. *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*. Palestra Editores, Lima, 2004, págs. 48 – 51.

*ejerciten incidentalmente, con ocasión de la decisión de una causa de su competencia*”<sup>411</sup>.

#### **b) El sistema de control concentrado (modelo europeo)**

Para nuestro profesor Omar CAIRO ROLDÁN: “En el sistema de control concentrado la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es monopolizada por un solo órgano del sistema jurisdiccional del Estado”<sup>412</sup>.

Afirma al respecto FLORES CRUZ que:

“Este sistema de control constitucional es de tradición austriaca, pues surgió con la Constitución Austriaca de 1° de octubre de 1920 (perfeccionada en su reforma de 1929), el cual albergó las ideas de Hans Kelsen, y aportó grandes innovaciones en materia de control constitucional, pues crea un órgano especializado para conocer de las cuestiones constitucionales denominado Tribunal Constitucional.

La tesis de Kelsen parte de un principio básico, la jerarquía de las leyes que existen en el ordenamiento jurídico, esto es, las normas generales se encuentran en diferentes niveles, por lo que la ley jerárquicamente superior determina a su inferior, de ahí que la Constitución se sitúe en la cúspide de la pirámide de jerarquía, y ésta es la que determina la forma y contenido de sus inferiores. Entonces, debía existir un órgano al cual se le encargara el control de la constitucionalidad de las leyes, denominado Tribunal Constitucional.

<sup>411</sup> RIVERA SANTIVÁÑEZ, José. *Supremacía Constitucional y Sistema de Control de Constitucionalidad*. Véase en: *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I (Susana Castañeda Otsu, Coordinadora), Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2004, pág. 60.

<sup>412</sup> CAIRO ROLDAN, Omar. *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*. Palestra Editores, Lima, 2004, pág. 46.

El sistema kelseniano confía el control constitucional a un solo órgano, un Tribunal Constitucional, el cual es el encargado de resolver los conflictos que se presentan al confrontar el texto de una ley con el de la Constitución, a efecto de determinar si la primera es acorde con esta última, por ende, los tribunales ordinarios carecen de facultades para ‘inaplicar’ una ley, o simplemente para juzgar esta ley o determinar que es contraria a la Constitución.

De los conflictos en materia meramente constitucional no pueden conocer los jueces ordinarios, únicamente este tribunal *ad hoc*, en el entendido de que su fallo tendrá efectos generales o *erga omnes* (...).

Kelsen explica que mientras el Tribunal Constitucional no resuelva si la ley es contraria o no a la Constitución, dicha ley es válida y, por ende, los tribunales ordinarios tienen la obligación de observarla, a diferencia del sistema americano, en cuyo caso, si el juez estima que la ley es inconstitucional, está habilitado para inaplicar al caso concreto.

Podemos decir que las sentencias dictadas por este órgano constitucional *ad hoc* y no nulifican a la ley, por lo que su efecto no es retroactivo, sino hacia el futuro (...)”<sup>413</sup>.

En conclusión, sobre ambos sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad, nos quedamos con lo dicho por RIVERA SANTIVÁÑEZ quien acertadamente afirma –citando a Francisco FERNÁNDEZ SEGADO– que: “[L]a clásica bipolaridad entre el sistema americano versus el sistema europeo-kelseniano, hoy en día resulta ser una obsolescencia teórica porque en la práctica se viene produciendo una verdadera convergencia entre ambos modelos; (...). En definitiva, en la actualidad no existe un modelo o sistema esencialmente puro, pues

---

<sup>413</sup> FLORES CRUZ, Jaime. “Interpretación constitucional y control sobre el órgano de control constitucional”. Ver versión electrónica en:

<[http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios\\_002.pdf](http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios_002.pdf)>

*debido a ese proceso de convergencia al que hace referencia Fernández Segado, los sistemas o modelos adoptados por los diferentes países expresan, de una u otra forma, los elementos de ambos modelos”<sup>414</sup>.*

#### **4.5.1.3. El control constitucional de las leyes y también de los actos públicos y privados**

El control constitucional no solo opera sobre la producción legislativa del Estado (leyes, decretos legislativos, reglamentos, decretos supremos, etc.); es decir, sobre toda norma jurídica de cualquier jerarquía que produzca no solo el Poder Legislativo, sino el Ejecutivo y el Jurisdiccional en su función legiferante, sea principal o secundariamente.

Sin embargo, no está demás decir que en estricto el control constitucional de las normas jurídicas de jerarquía de ley (ley, decreto legislativo, ordenanza, tratado, ley orgánica, decreto de urgencia) se hacen efectivo –ya procesalmente- mediante el proceso de inconstitucionalidad conforme a las reglas previstas en el Código Procesal Constitucional y por ante los órganos jurisdiccionales competentes (juzgados constitucionales y Tribunal Constitucional, en el caso peruano por supuesto); y, en tanto a que el control de constitucionalidad de las normas jurídicas de jerarquía inferior a la ley se efectúa intrínsecamente a través del proceso de acción popular ante los órganos competentes del Poder Judicial (Salas de la Corte Superior y de la Corte Suprema).

En suma, conforme lo establece el Código Procesal Constitucional:

*Artículo 77.- Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad*

*La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que*

<sup>414</sup> RIVERA SANTIVÁÑEZ, José. *Ob. Cit.*, pág. 62.

*hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.*

*Artículo 76.- Procedencia de la demanda de acción popular*

*La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.*

Como se advierte, ambos procesos constitucionales tienen por finalidad “la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo” (artículo 75 del Código Procesal Constitucional).

Sin embargo, cabe precisar que la defensa de la Constitución no sólo se efectúa frente a infracciones de su jerarquía normativa, sino que la violación de la Constitución también puede provenir –y la mayor de las veces- de los actos de hecho y de derecho provenientes del propio Estado y sus instituciones, pero también de los propios particulares en sus relaciones intersubjetivas.

La procedencia del control constitucional sobre los actos públicos y privados, se fundamenta en la eficacia vertical y horizontal de las normas constitucionales. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que:

“[E]l deber de protección que se deriva de la concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no sólo se encuentra el Estado,



sino también a los propios particulares [...]Esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1° de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que ‘La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’<sup>415</sup>.

En otra de sus sentencias, el Supremo Intérprete de la Constitución sostiene que: “[...]el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical –frente a los poderes del Estado- y horizontal –frente a los particulares-. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales –justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros- recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional”<sup>416</sup>.

Asimismo, “[...] Los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o inter privados (Cfr. STC N° 1124-2001-PA/TC, entre otras). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38° de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de ‘respetar’ y ‘cumplir’ la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de

<sup>415</sup> STC N° 00966-2001-PA/TC, fundamento jurídico 5. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00966-2001-AC.html>

<sup>416</sup> STC N° 10087-2005-PA/TC, fundamento jurídico 3. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.html>

haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales”<sup>417</sup>.

Como afirma Gerardo ETO CRUZ: “Una de las consecuencias derivadas del efecto *interprivatos* de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico es la posibilidad de que, en sede judicial, se realice el control constitucional de las normas estatutarias privadas, esto es, de las normas que tienen su origen en la voluntad de los particulares. Ello se explica por cuanto, así como una ley general del Estado puede afectar la esfera subjetiva de las personas, así también puede hacerlo, en menor o mayor medida, una norma creada al interior de una asociación u otras corporaciones (...)”<sup>418</sup>.

A este respecto, el Tribunal Constitucional tiene también sentado que:

“Este Tribunal considera en reiterada jurisprudencia que la Constitución y con ella los derechos fundamentales, vinculan también las relaciones entre particulares. A tal conclusión conduce lo establecido en el artículo 38° de la Constitución. Esto significa que las normas estatutarias deben guardar conformidad con la Constitución y en particular con los derechos fundamentales. Tal exigencia se proyecta a todas las normas que provienen de los particulares, v. gr. estatutos, reglamentos de estatutos, reglamentos empresariales convenios colectivos, etc.

<sup>417</sup> STC N° 06730-2006-PA/TC, fundamento jurídico 9. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06730-2006-AA.html>

<sup>418</sup> ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Edit. ADRUS, Cuarta Edición, Lima, 2011, pág. 221.

Corolario de ello es que las normas privadas o particulares que sean contrarias a derechos constitucionales han de ser inaplicadas en ejercicio del control de inaplicabilidad al que habilita el artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución. Todo ello claro está al margen del control abstracto de dichas normas, que habría de articularse en la vía correspondiente”<sup>419</sup>.

En otra sentencia, el Tribunal ha establecido que:

“Como ha sido establecido por este Tribunal, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados se deriva del artículo 38° de la Constitución, que establece que: ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)’; de ello se deriva –aunque también del artículo 1°, en cuanto al principio de dignidad de la persona –la vinculación de la Constitución que se proyecta *erga omnes* no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino que también alcanza a las relaciones establecidas entre particulares.

Por ende los derechos fundamentales detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo que implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales.

En virtud de todo lo anterior queda claro que las normas de las entidades privadas como la emplazada, que sean contrarias a los derechos constitucionales, pueden ser inaplicadas en ejercicio del control al que habilita el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución”<sup>420</sup>.

<sup>419</sup> STC N° 02868-2007-PA/TC, fundamento jurídico 6 a 9. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02868-2007-AA.html>

<sup>420</sup> STC N° 00537-2007-PA/TC, fundamento jurídico 3 a 5. Ver la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00537-2007-AA.html>

En suma, si los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular constituyen mecanismos procesales para hacer frente a infracciones de parte del poder legiferante del Estado. En lo demás casos de infracciones de la Constitución provenientes de los actos del Estado ajenos a la función legiferante y de los actos de los propios particulares se defienden mediante los llamados procesales constitucionales de la libertad (procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento).

Así, estos procesos tienen por finalidad también la defensa de la Constitución, así como en forma particular la defensa de los derechos fundamentales consagrados en las normas constitucionales frente a la violación o amenaza de violación, provenientes del Estado o de los particulares. Así, mediante estos procesos no se califica la validez constitucional de una norma (legal o reglamentaria) sino la compatibilidad o incompatibilidad de un acto o conducta determinada con los principios, derechos y valores consagrados en la Constitución<sup>421</sup>.

<sup>421</sup> Asunto aparte es el caso de la procedencia de la demanda de amparo contra las llamadas normas auto aplicativas, previstas en el artículo 3° del Código Procesal Constitucional:

*"Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas*

*Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.*

*Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.*

*Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.*

*En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.*

*Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley".*

#### 4.6. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL PERÚ: SISTEMA DUAL, PARALELO, COMPLEJO E IMPERFECTO

En principio, como parte del desarrollo histórico del sistema de control de constitucionalidad en el Perú, en los inicios de la historia constitucional, las primeras Constituciones del Perú Republicano, optaron básicamente por un modelo de control político de constitucionalidad, era el Senado el encargado de ejercer tal control.

Por ejemplo, en la Constitución Política de 1823 se dispuso en su Art. 187 que: *“Todo peruano puede reclamar ante el Congreso, ante el Poder ejecutivo, o ante el Senado la observancia de la Constitución, y representar fundadamente las infracciones que notare”*<sup>422</sup>.

Igualmente la Constitución de 1920 dispuso como una de las facultades del Congreso en su Art. 83 inciso 4: *“Examinar de preferencia las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectivo la responsabilidad de los infractores”*<sup>423</sup>.

En la Constitución actual, al igual que la de 1979, el constituyente ha establecido un control de constitucionalidad de tipo jurisdiccional, empero no uno puro, sino dual o paralelo; es decir, tanto el proveniente del modelo europeo como del modelo americano.

Al respecto la Constitución de 1993 establece lo siguiente:

*Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años (...).*

<sup>422</sup> Véase la *“Colección Constitucional Peruana”*, Tomos I, II y III, Editora Perú, Lima, 2006.

<sup>423</sup> Véase también a Ernesto BLUME FORTINI. *“El Control de la Constitucionalidad en el Perú (Antecedentes, desarrollo y perspectiva)”*. En: *“Derecho Procesal Constitucional”* (Susana Castañeda Otsu, Compiladora), Segunda Edición; Jurista Editores, Lima, 2004, págs. 223 a 273.

*Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:*

*1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad (...).*

*Artículo 204.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.*

*No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.*

Asimismo, con respecto al control difuso, ha establecido:

*Artículo 138.- (...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.*

El Código Procesal Constitucional ha desarrollado a su vez lo siguiente:

*Artículo II.- Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.*

*Artículo IV.- Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código.*

*Artículo VI.- Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.*

*Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.*

*Artículo 98.- La demanda de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional y sólo puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203 de la Constitución.*

Como se aprecia a claras luces, el sistema de control de constitucionalidad establecido por la Constitución es uno dual y paralelo, pero además complejo e imperfecto como veremos en líneas siguientes.

Es dual y paralelo, y no mixto o híbrido, por cuanto ambos modelos clásicos, convergen en forma paralela o separada, toda vez que el control concentrado de constitucionalidad de las leyes le asiste en forma exclusiva al Tribunal Constitucional, éste tiene la única palabra para determinar si una ley cuestionada es o no constitucional y ella a través del proceso de inconstitucionalidad. De este modo tal forma de control está concentrado en dicho Tribunal y no en otro órgano u órganos. Además este tipo de control es abstracto, por cuanto la ley cuestionada no es determinada su constitucionalidad o inconstitucionalidad a propósito de un caso concreto sino bajo el análisis abstracto de la ley misma, el objeto del proceso de inconstitucionalidad es únicamente la ley y no un caso justiciable.

Y, el control difuso de constitucionalidad de las leyes es ejercitada por el Poder Judicial a través de todos sus órganos jurisdiccionales sin importar el nivel en la que se encuentre el órgano jurisdiccional. En este caso, el control difuso aparte de ser difuso o disperso y por ende no concentrado en un solo órgano, es además un control concreto, por cuanto el Poder Judicial no tiene competencia para analizar en abstracto si la ley cuestionada es o no inconstitucional sino determinar su inaplicación a un caso concreto en tanto no soporta una interpretación acorde a las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, con respecto a las complejidades e imperfecciones atribuidas a esta dualidad de sistemas, en relación al Tribunal Constitucional creemos que no existe tal problema –al menos- de orden orgánico, en tanto siendo a que el Tribunal es el máximo órgano de control de la Supremacía de la Constitución, a él le corresponde –sin lugar a dudas- la potestad única y exclusiva de tal ejercicio. El sistema concentrado de control de constitucionalidad garantiza que un solo órgano especializado sea la que concentre la potestad de controlar a los demás poderes del Estado y a los particulares en la dación y/o aplicación de las leyes en la vida de relación. Esa función le corresponde –en nuestro caso- al Tribunal Constitucional, de este modo se garantiza la existencia de un solo pronunciamiento al respecto, otorga seguridad jurídica.

Claro que surge inevitablemente la pregunta siguiente: ¿y porque un Tribunal Constitucional es la que tiene que ejercer tal control y no el Poder Judicial que por naturaleza es la llamada a resolver todo conflicto jurídico en la sociedad? Claro, podría establecerse probablemente una Corte Constitucional adscrita a la Corte Suprema que tenga esa potestad única y exclusiva de ejercer tal control concentrado de las leyes. Sin embargo, se debe precisar que en principio la función de control constitucional abstracto de las leyes a través del proceso de inconstitucionalidad básicamente no constituye un caso justificable más como las que se ventilan ordinariamente en el Poder Judicial y como tal tengan que resolver sobre parámetros básicamente jurídicas, sino que el ejercicio del Control Constitucional Concentrado requiere de un órgano especializado que cumpla a su vez un rol no solo jurídico sino a su vez político, capaz de tener tal flexibilidad y discrecionalidad para encontrar justificaciones en la estructura político-ideológico-económico y social como sustento de la superestructura en se emerge el sistema jurídico. De allí entonces la necesidad y justificación de encargar no en el Poder Judicial tal rol de Control (aunado además con todos los problemas que *per se* tiene) sino en un órgano ajeno al mismo: El Tribunal Constitucional.



Ahora bien, con respecto al Control Difuso, existe para nosotros sí imperfecciones en el sistema de control de constitucionalidad. En principio, si bien resulta bastante útil que en el conocimiento de cualquier proceso judicial la potestad atribuida a todos los jueces sin importar el nivel jerárquico, de inaplicar una norma legal en caso de que resulte ser inconstitucional o se oponga a ella o soporte una interpretación conforme a la Constitución. Ello permite a la justicia ordinaria ser más justa y dinámica, por cuanto puede resultar mucho más ocasional advertir la inconstitucionalidad de una norma infra constitucional en su intento de aplicación misma a un caso concreto y en proceso judicial en concreto que efectuar una abstracción, hipotética y general de su inconstitucionalidad.

Sin embargo, no necesariamente el ejercicio del control de constitucionalidad que en los casos concretos ejerzan los jueces deba ser necesariamente el correcto, sobre todo si ellos derivan de órganos jurisdiccionales inferiores a la Corte Suprema. Es siempre factible el error humano. Es por ello que frente al ejercicio del control difuso de parte de los jueces existe a su vez un control adicional, es decir *el control del control difuso*, en este caso –según nuestro ordenamiento jurídico– de parte de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Este mecanismo de revisión del control difuso constituye un plus de aseguramiento y garantía en el ejercicio del control difuso, lo cual parece en apariencia ser bondadoso; sin embargo, en estricto es este uno de los problemas del control difuso. Por cuanto, el hecho que sea la referida Sala Suprema del Poder Judicial la que controle a los jueces en el referido ejercicio del control constitucional, puede generar conflictos en el correcto control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto ya de por sí en el propio Poder Judicial existen más de una Sala Constitucional y Social (Sala Permanente y Transitoria) que pueden dar lugar a pronunciamientos contradictorios no solo en decisiones de fondo respecto a casos similares, sino también a respecto a fundamentos y argumentos respecto a casos análogos. Pero también, en el caso de que exista una sola Sala o en el caso de que para el conocimiento de consultas en materia de control difuso se modifique la norma

(Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil<sup>424</sup>) en el sentido que las dos Salas puedan unificarse y resolver las mismas en Sala Plena, tampoco garantiza ello un adecuado y eficiente control de constitucionalidad por esta vía dispersa, por cuanto siempre la existencia de un órgano para el control del control difuso propio y distinto del órgano que ejerce el control concentrado, puede generar contradicciones entre ambos órganos, como el hecho que en algunas situaciones para la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema una ley aplicable al caso concreto resulte inconstitucional y en tanto a que posteriormente para el Tribunal Constitucional esa misma ley sea en términos abstractos (y por ende para la generalidad de situaciones jurídicas) sea declarado inconstitucional. Siendo a que además cabe la posibilidad de la existencia de una inconstitucionalidad de la ley en su aplicación para un caso concreto y la validez de esa misma disposición constitucional en su evaluación abstracta, o viceversa.

El hecho que en la práctica no se haya producido tal contradicción en el ejercicio del control de constitucionalidad entre ambos órganos (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) *“no es óbice que pueda suscitarse en algún momento. El*

<sup>424</sup> Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

*“Artículo 14.- De conformidad con el artículo 236 de la Constitución (actualmente el 138 de la Carta de 1993), cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.*

*En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.*

*Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por Acción Popular”.*

CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

*“Artículo 408.- La consulta sólo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas: (...)*

*3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; y, (...)*

*También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (...).”.*

*Derecho existe precisamente para prever la posibilidad de conflictos futuros y anticipar, en la medida de lo posible, las vías de solución de los mismos; el problema radica en que, a nuestro juicio, el sistema asumido pueda hacer saltar la chispa del enfrentamiento entre los dos órganos de control abstracto a raíz de interpretaciones divergentes de la Constitución, con el riesgo que esto conlleva para la unidad del ordenamiento jurídico y para el principio de seguridad jurídica”<sup>425</sup>.*

Respecto a todo este análisis, María Asunción GARCÍA MARTÍNEZ agrega que: “[e]l modelo de control de constitucionalidad peruano reviste una complejidad verdaderamente singular ya que no se limita, como otros, a combinar un sistema de control difuso y concreto con otro abstracto y concentrado, sino que este último lo diversifica a su vez entre un Tribunal Constitucional y una serie de órganos del Poder Judicial. La cuestión es que la coexistencia no ya de dos sistemas de justicia constitucional en mismo entorno jurídico, sino prácticamente de tres, implica una contradicción en sí misma, muy difícil de superar. No basta con delimitar los campos de actuación de los órganos implicados en el control de constitucionalidad, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, porque la existencia de éste tiende lógicamente, ya que está en su naturaleza, a monopolizar el control... El sistema peruano busca compaginar la fórmula históricamente inicial del control residenciado en el Poder Judicial con la más novedosa que supone la existencia de un Tribunal Constitucional, que ha obligado a la reconsideración de aquel sistema, cuyo peso tradicional es innegable, con el adoptado ex novo. El problema es que cada modelo, bajo la apariencia común de servir al mismo fin de control de constitucionalidad, parte de premisas distintas y responde a circunstancias distintas, se fundamenta en filosofías distintas y se estructura procesalmente de forma distinta, de manera que las distintas piezas de cada uno necesitan con frecuencia ajustes concretos a la vista de la experiencia que se deduce de su puesta en funcionamiento.

---

<sup>425</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. *El Control de Constitucionalidad de las Leyes. Recurso y Cuestión de Inconstitucionalidad*. Jurista Editores, Lima, 2005, pág. 352.

*Probablemente el nuevo Código Procesal Constitucional sea ese primer texto que sirva como campo de prueba de la eficacia real de este modelo”<sup>426</sup>.*

#### **4.7. PROPUESTAS PARA LA UNIFICACIÓN DE NUESTRO SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Frente a este problema e imperfección de nuestro sistema de control de constitucionalidad, consideramos que una solución a las mismas radica en la necesidad de que la Justicia Constitucional sea brindada por un solo órgano al menos como última instancia y no dos que pueden generar decisiones y doctrina jurisprudencial contradictorias.

Habiendo dado ya los argumentos conducentes a la justificación del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional y no del Poder Judicial, entonces consideramos que corresponde a dicho Tribunal la revisión del control difuso efectuado por el juez ordinario en el conocimiento de cualquier causa justiciable, mediante el mecanismo de Consulta (elevado de oficio) en cualquiera de los casos, es decir sea o no impugnada la sentencia o resolución en la que el juez ordinario efectuó el control difuso, siendo a que para tales propósitos debe formarse un incidente que contenga las piezas procesales pertinentes que contengan el control difuso efectuado.

Siendo a que en caso de no impugnación de la sentencia dictada por el juez ordinario tal resolución no podría ser aún declarada consentida hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el incidente de Consulta. Y, en caso de impugnación de la referida sentencia, pueda antes de su elevación al Superior Jerárquico, ser suspendida la decisión definitiva hasta que también pueda el Tribunal Constitucional resolver el incidente de Consulta del Control Difuso efectuado.

---

<sup>426</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. *Ob. Cit.* págs. 350-354.

Nótese que en ambos casos, la Consulta procede únicamente respecto al ejercicio del control difuso y no sobre toda la causa, es por ello que en modo alguno se hace necesario la elevación de los autos sino únicamente la formación del correspondiente incidente, salvo que el proceso sea uno constitucional (habeas corpus, amparo, habeas data o de cumplimiento). En los procesos ordinarios (no constitucionales) el Tribunal Constitucional no podría en modo alguno avocarse ni resolver el aspecto de fondo del asunto litigioso contenido en dichos procesos, sino sola la cuestión incidental de control difuso.

Si bien debe tenerse en cuenta que la suspensión del trámite y suspensión de la decisión de fondo (o de segunda instancia o de casación) en caso de impugnación de la sentencia del juez ordinario respecto a asuntos de fondo, pueda perjudicar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a que al impugnante le asiste, sin embargo bien puede disponer en la norma modificatoria propuesta a que pueda elevarse los autos (la sentencia impugnada) y tramitarse la misma con la condición de reservarse la decisión definitiva hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el incidente de Consulta antes referida, y deba también que modificarse el Código Procesal Constitucional en el sentido que las Salas del Tribunal Constitucional den preferencia en el trámite y decisión en el supuesto de tal Consulta por control difuso.

No hay otro modo de asegurar la unificación del procedimiento, la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial en materia de control difuso de constitucionalidad, y por ende de todo el sistema de control de constitucionalidad en el modo diseñado en nuestra Constitución.

Consideramos a su vez que el mecanismo de Cuestión de Inconstitucionalidad que existe en algunos ordenamientos como es el caso de España, Italia y Alemania, no resulta tampoco apropiado para la solución de la imperfección de nuestro sistema, por cuanto –por ejemplo- en España la cuestión de inconstitucionalidad si bien se estructura también como una cuestión incidental a partir de un proceso ordinario, sin embargo el juez o tribunal llamado a resolver, plantea la cuestión al Tribunal

Constitucional cuando en el estado de resolver la causa se le plantea la duda sobre la constitucionalidad de una norma legal en base a la cual debe emitir su fallo<sup>427</sup>. En otras palabras, nuestro sistema adopta en forma plena el control de constitucionalidad difusa como en el caso del *judicial review*; en el caso español, no existe control difuso propiamente dicho, sino la formación y elevación por parte del juez ordinario de un incidente de cuestión de inconstitucionalidad en caso de duda de inconstitucionalidad de la ley relevante para el caso a fallar.

En el sistema nuestro de control difuso, el juez ordinario tiene amplia libertad para ejercer de por sí tal control, resolviendo por sí la duda que en algún momento se le presentara, resolviendo el caso concreto que le corresponda inaplicando sin duda alguna la norma infraconstitucional contraria a la disposición constitucional. Este mecanismo favorece grandemente a disminuir innecesarias cuestiones de inconstitucionalidad que de hecho existe en el Tribunal Constitucional español, siendo a que en el caso nuestro son escasos el ejercicio de controles difusos por parte de los jueces ordinarios precisamente por cuanto tal control no deriva de una duda sino de una certeza del juez de existencia de inconstitucionalidad<sup>428</sup>.

De este modo el mecanismo de control difuso en nuestro modelo parece ser más eficiente y decidida, otorga al juez ordinario independencia y seguridad en las decisiones de control que adopta y no se queda en la duda y frente a ello elevar supuesta cuestión de inconstitucionalidad. En suma, nos quedamos con el modelo nuestro, pero con la perfección propuesta.

---

<sup>427</sup> Constitución Española de 1979:

*“Art. 163.- Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.*

<sup>428</sup> Sobre los defectos y deficiencias de la *Cuestión de Inconstitucionalidad*, véase a PÉREZ TREMP, Pablo. *“La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español”*. En: *“El Derecho Procesal Constitucional Peruano”* (Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde) (José Palomino Manchego, Coordinador), Tomo I, Segunda Edición, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2007, págs. 796-797.

También téngase en cuenta que si bien existe en el Código Procesal Constitucional una disposición contenida en el Art. VI del Título Preliminar que ordena que: *Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.*

Sin embargo, esta disposición tampoco garantiza la unidad en el ejercicio de control de constitucionalidad, por cuanto el Tribunal Constitucional no podría pronunciarse sobre todas las cuestiones constitucionales o inconstitucionales existentes en todo momento, la doctrina jurisprudencial del Tribunal siempre está en permanente elaboración y desarrollo, no es una obra acabada que como recetario se presente ante todos los demás órganos jurisdiccionales. Como se advierte la existencia de contradicción entre ambos sistemas de control de constitucionalidad es siempre posible y eso es lo que se debe evitar perfeccionando el ya complejo modelo adoptado por la Constitución.

En suma, la unificación propuesta en modo alguno pasa por negar el ejercicio del control difuso o disperso por parte de los jueces del Poder Judicial. Tal unificación del sistema de control de constitucionalidad en modo alguno importa la asignación o concentración del control en un solo órgano especializado, sino en que sea al menos (para el caso del control difuso) en asignar a un solo órgano (y no a dos) la última palabra en materia de control de constitucionalidad, y para este propósito no hay otra institución en que la recaiga sino es el Tribunal Constitucional en la forma propuesta. Es decir, subsistan las dos formas históricas de control de constitucionalidad (concentrado y difuso) pero que finalmente convergen en un solo órgano para una decisión única o definitiva, según sea el caso. En eso radica la unificación propuesta.

Como conclusión al respecto diremos que:

El control de constitucionalidad no es modo alguno un ejercicio netamente jurídico, sino que este último instrumento sirve para fines y objetivos estrictamente políticos, esto es: el aseguramiento de la supremacía constitucional y con ello la de los principios y valores fundamentales que cimientan el orden de cosas establecidos por la clase que detenta del poder.

Ya desde el plano jurídico-constitucional, el control de constitucionalidad en nuestro país resulta ser un modelo novedoso y especial en comparación con los del orbe, por su dualidad y paralelismo al haber optado por los dos clásicos sistema de control (el americano o del *judicial review* y el europeo o kelseniano), lo que resulta ser complejo y lleno de imperfecciones.

Una de esas imperfecciones es precisamente la que existe en el control difuso o concreto de constitucionalidad, siendo a que este último se la ha asignado al Poder Judicial a través de sus jueces (sin distinción de grado) en el conocimiento de cualquier causa; y, su revisión (control del control difuso), se le ha asignado a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema que es la que finalmente efectúa el control de constitucionalidad bajo este modelo.

En tanto a que el control concentrado o abstracto de constitucionalidad se le ha asignado en forma exclusiva al Tribunal Constitucional, lo cual puede generar contradicciones no solo en la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, sino a su vez en la generación de una uniforme jurisprudencia y doctrina jurisprudencial.

Frente a ello, consideramos que sin dejar de lado este modelo dual o paralelo que resulta ser bastante útil no solo en la administración de justicia constitucional sino a su vez en la ordinaria, debe sin embargo perfeccionarse unificándose ambos sistemas en el Tribunal Constitucional como órgano supremo de control de constitucionalidad que la doctrina y la jurisprudencia le reconocen.



Para ello, consideramos que debe efectuarse modificaciones a algunas normas de desarrollo de la Constitución como son el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Civil y el propio Código Procesal Constitucional, a fin de que los casos de ejercicio de control difuso de parte de los jueces ordinarios, sean a su vez elevados en consulta y vía incidental al Tribunal Constitucional con suspensión de la causa principal que conocen los jueces y hasta que en definitiva resuelve el Tribunal.

Conforme a lo expuesto en este capítulo de la presente investigación, recomendamos la reforma de algunas normas de desarrollo constitucional como son el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Civil y el Código Procesal Constitucional, en términos resaltados siguientes:

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL:

*“Artículo 14.- De conformidad con el artículo 138 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.*

*Las sentencias así expedidas en cualquier instancia serán elevadas en consulta vía incidente al Tribunal Constitucional, aún fueran impugnadas o no fueran incluso impugnables.*

*En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.*

*Quando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por Acción Popular”.*

#### CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

*“Artículo 408.- La consulta sólo procede en los siguientes casos: (...)*

*2. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria. También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En ambos casos, sea o no impugnada la resolución y así no fuere impugnada, el juez de la causa dispondrá la formación de un incidente para su elevación en consulta al Tribunal Constitucional, debiendo asimismo el juez de fallo suspender la adopción de resolución definitiva en tanto no sea comunicada la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional (...).”*

#### CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL:

*“Artículo VI.- Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. En tales supuestos, la decisión adoptada por el juez en un proceso que no sea constitucional, deberán ser elevados en consulta vía incidente al Tribunal Constitucional con la suspensión de toda decisión definitiva que requiera ser adoptado en tales procesos y hasta que le sea comunicada la decisión a ser adoptada en tal incidente de consulta, debiendo para tales efectos el Tribunal Constitucional disponer especial celeridad en el trámite y resolución de la consulta (...).”*

## 4.8. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

### 4.8.1. Delimitación conceptual, fundamentos y mecanismos del control constitucional del arbitraje

Como hemos visto ya en puntos anteriores, el control constitucional de los poderes públicos y de los actos de los particulares, y dentro de ellos del arbitraje mismo, tiene su fundamento en los principios sentados por el neoconstitucionalismo como fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho, esto es la fuerza normativa y vinculante de la Constitución y su supremacía sobre todo el ordenamiento jurídico, así como su obediencia por la totalidad de los poderes públicos y de los particulares.

En principio, la posibilidad misma de control importa la existencia de separación de poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Jurisdiccional). Aunque este un concepto propio del Estado Legal de Derecho basado en el concepto de soberanía popular, sin embargo lo que el neoconstitucionalismo ha desarrollado es fundamentalmente el principio de que en el Estado Constitucional de Derecho, no se permite a ningún poder la facultad de tomar decisiones absolutas, ya que la validez de las mismas va a depender de su adecuación con la Constitución, todos los poderes del Estado e incluso de los particulares deben ejercerse dentro de los límites fijados por la Constitución.

Y, ello es así en tanto a que en el Estado Constitucional de Derecho la Constitución es elevada al mundo de las normas jurídicas, es decir, adopta el carácter vinculante, es decir, exigible y de cumplimiento obligatorio en caso de inobservancia de los poderes públicos y de los propios particulares. Así, en virtud del carácter normativo de la Constitución y de su primacía sobre la Ley, los actos del legislador (plasmados en la ley) así como los demás actos del Estado (por ejemplo los del Poder Jurisdiccional y Ejecutivo) así como los actos de los propios particulares (entre ellos

el arbitraje) se encuentran sometidos a las disposiciones constitucionales que –ya en relación a la función jurisdiccional (aplicable a su vez a todo sistema de impartición de justicia)- establecen derecho, principios y valores que corresponden a los de una sociedad justa y democrática según diseño del poder a cargo.

Sin embargo, resulta claro que la primacía de la Constitución en tanto norma jurídica que es, y no mero recetario político, no puede sino estar garantizado mediante la existencia de una jurisdicción a cargo del cumplimiento de dicho propósito. Es decir, la vigencia de la Constitución y la tutela de los derechos, valores y principios que en ella están reconocidos, no pueden estar garantizados por el Poder Legislativo ni por el Poder Ejecutivo, por cuanto en principio la vigencia de la Constitución y el respecto de sus disposiciones importa la existencia de una desobediencia o una vulneración de tales disposiciones, lo cual constituye ontológicamente un conflicto de intereses (conflicto constitucional) entre una parte que exige su cumplimiento (el cual puede ser un particular o la propia entidad estatal) y el poder público o los particulares que se resisten a ello o alegan haberla cumplido. Y, en tanto conflicto que es, corresponde ser dirimido –obviamente por el Estado- pero en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, para lo cual instituye la llamada *jurisdicción constitucional* que en esencia tiene por fines –a través de las vía procedimentales correspondientes- tutelar los derechos “*garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales*” (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Así, la jurisdicción constitucional constituye el despliegue de parte del Estado de una serie de actos (procesales) especiales, la existencia de órganos jurisdiccionales especializados y el establecimiento a su vez de un procedimiento (o procedimientos) también especializados para tales fines. Es así, que en el Estado Constitucional de Derecho los jueces cobran relevancia en la garantía y defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales, así como los procesos jurisdiccionales para tales propósitos instituya el Estado.

Ahora bien, prosiguiendo con el desarrollo de este punto, cabe efectuar una aclaración previa respecto a la potestad de control que el Estado a través de los órganos jurisdiccionales tiene respecto a todo acto público y privado, entre ellos el arbitraje. Hablar de *control constitucional del arbitraje* no es lo mismo que hablar de *control constitucional en el arbitraje*.

Si el control constitucional jurisdiccional importa en el Estado Constitucional el ejercicio de parte de los órganos jurisdiccionales del poder que ostenta para garantizar la vigencia de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales en los casos concretos<sup>429</sup>, pues bien tal control puede ser ejercitado por los propios árbitros en el desarrollo del proceso arbitral mismo. En el Estado Constitucional todos los poderes públicos y los particulares tienen el deber de respetar la Constitución pero también de defenderla. El artículo 38 de la Constitución nuestra dispone que: *Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación*. Asimismo, el artículo 51 dispone que: *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)*.

Siendo ello así, corresponde también a los árbitros ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes y reglamentos en el desarrollo del proceso arbitral, de preferir la aplicación de las disposiciones constitucionales en caso de que el derecho aplicable en el arbitraje se oponga a la Constitución. El artículo 138 de la Constitución dispone como una de las garantías de la función jurisdiccional que: *En*

---

<sup>429</sup> Por cuanto en virtud del principio de separación de poderes y el control entre ellos mismos, el Poder Legislativo asume a su vez el control sobre el arbitraje con la dación de leyes y reglamentos que regulan o limitan la función arbitral, lo mismo podría efectuar el Ejecutivo al expedir reglamentos y disposiciones varias, más este control es uno de carácter político-legislativo, dados de modo general que en modo alguno garantiza la eficacia de las disposiciones constitucionales ni la de los derechos fundamentales. Por ello, conforme al canon constitucional del neoconstitucionalismo, el control eficaz para tales propósitos no puede sino adoptar carácter jurisdiccional, a cargo de órganos jurisdiccionales especializados y procesos también especializados para dicho fin. En el Estado Constitucional de Derecho son los jueces los llamados a garantizar la vigencia de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.

*todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.*

En suma, el *control constitucional en el arbitraje* importa la facultad-potestad-deber que tienen el árbitro o tribunal arbitral para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que aplican, por lo que en caso que las mismas se opongan o contravengan a la Constitución, sea ésta última preferida en la solución del conflicto de intereses a su cargo. Es lo que se denomina como *control difuso*, disperso o concreto de la Constitución y los árbitros tienen a su vez la facultad de ejercitar tal control en los procesos a su cargo.

El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional dispone que:

*“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.*

*Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.*

*Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.*

El Tribunal Constitucional, en el precedente vinculante del caso Sociedad Minera María Julia (Expediente N° 00142-2011-PA/TC), ha establecido lo siguiente con respecto a la facultad del ejercicio de control difuso por parte de los árbitros:

“24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; “por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º (...), más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla” (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).

25. Esto resulta más evidente aún si se tiene en cuenta que, conforme ya ha destacado este Tribunal, “el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11). En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera.

26. No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla:

*El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. 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”<sup>430</sup>.*

Ahora bien, distinto del *control constitucional en el arbitraje*, el *control constitucional del arbitraje* importa en cambio el poder-facultad-deber que el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales competentes tiene para ejercer intervención contralora sobre el arbitraje en defensa de la Constitución y de los derechos constitucionales. Este control es constitucional, es decir que a través de este mecanismo los órganos jurisdiccionales garantizan que también en el proceso arbitral (y más específicamente en el laudo arbitral) el árbitro o tribunal arbitral haya resuelto el caso bajo su conocimiento conforme a la Constitución y con respeto a los derechos fundamentales relativos a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Ahora bien, cabe precisar que tal mecanismo de control es sobre los actos procesales desplegados en el arbitraje pero el control es siempre *ex post laudo*. No es un control de constitucionalidad sobre las leyes o disposiciones que se aplican en el arbitraje, para ello existe el llamado *proceso de inconstitucionalidad de las leyes* el cual está cargo exclusivamente por el Tribunal Constitucional (control concentrado y abstracto) y también a cargo de los órganos jurisdiccionales (y de todo órgano encargado de impartir justicia, entre ellos el árbitro) en los procesos jurisdiccionales (y también arbitrales) en concreto a su cargo. Estos mecanismos constituyen control de constitucionalidad de la leyes, más el control que a lo largo del presente trabajo

---

<sup>430</sup> STC N° 00142-2011-PA/TC, fundamentos jurídicos 24 a 26.

Ver la sentencia en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>



nos venimos refiriendo es el llamado control constitucional del arbitraje, de los actos procesales desarrollados en el arbitraje, y más específicamente control constitucional del laudo arbitral por ser el laudo arbitral producto de un proceso (arbitral) en la que no se ha garantizado el derecho a la tutela procesal efectiva y el debido proceso.

Prosiguiendo. El control constitucional de los actos de decisión del árbitro o tribunal arbitral, en tanto control jurisdiccional que es, se ejercita por tanto a través de los órganos jurisdiccionales y a través también de *procesos jurisdiccionales* determinados. No existe un proceso específico —es decir, en singular— para el ejercicio de parte del Estado del control jurisdiccional constitucional.

El control constitucional de las leyes se ejercita de modo genérico y abstracto a través del proceso de inconstitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional (de allí que denomine también con el *nomen juris* de control concentrado) y de manera difusa o concreta por parte de todos los demás órganos jurisdiccionales en cualquier proceso jurisdiccional (control difuso).

En cambio, el control constitucional sobre los actos de decisión en el arbitraje, se ejercita no solo en un proceso determinado para tales propósitos, sino que *in strictu* la ley ha establecido sobre todo dos procesos jurisdiccionales con tales propósitos. He aquí precisamente los propósitos de la presente investigación.

La defensa de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales mediante el mecanismo de control jurisdiccional constitucional sobre los actos públicos y privados en general, se hacen efectivos no solo a través de los llamados *procesos constitucionales de la libertad* (amparo, habeas corpus y habeas data) que constituyen en puridad procesos específicos y especiales para tales propósitos regulados por el Código Procesal Constitucional y a cargo de los Jueces Constitucionales (o en su ausencia, de los jueces civiles o mixtos); sino también a través de los procesos ordinarios regulados en los diversos ordenamientos procesales instituidos (Código Procesal Civil, Código Procesal Penal, Ley Contencioso-

Administrativo, Ley Procesal Laboral, etc.) por cuanto la defensa de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales constituye deber y potestad de todo órgano jurisdiccional y en todo proceso jurisdiccional.

Más, específicamente respecto del control jurisdiccional constitucional del arbitraje, la ley –en afán del no debilitamiento de la autonomía de la función arbitral– ha establecido únicamente dos mecanismos procesales para dichos propósitos: el *proceso constitucional de amparo* y el llamado *recurso (o proceso) de anulación de laudo*.

El Tribunal Constitucional así lo ha establecido en el precedente vinculante del caso Sociedad Minera María Julia (STC N° 00142-2011-PA/TC):

*“14. Como se ha visto, han sido diversos los criterios que de una u otra manera, han venido perfilando los aspectos del control constitucional de la jurisdicción arbitral. No obstante, considera este Colegiado que aun cuando buena parte de dichos criterios no han perdido su importancia, requieren ser acoplados de una manera mucho más directa a lo expresamente previsto por el Código Procesal Constitucional, en cuanto referente obligado de cualquier fórmula procesal tendente a defender la Constitución.*

*15. Es pertinente recordar que un cambio radical entre el modelo procesal actualmente vigente y el anterior, vino representado por el paso de un amparo alternativo a uno de carácter subsidiario o residual. Este cambio supuso la conversión del amparo en un instrumento procesal que habiéndose concebido en sus inicios como un mecanismo indiscutiblemente amplio y flexible en sus alcances, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional sólo podía y debía ser usado, en casos de extrema urgencia o cuando las necesidades de tutela normalmente dispensables en la vía judicial ordinaria no fueran suficientes para defender o tutelar los derechos constitucionales*

*reclamados. Es ese el sentido del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal en materia constitucional.*

*16. En el modelo de control arbitral actualmente existente no parece, sin embargo, haberse reparado mayormente en dicho cambio, pese a existir elementos que conducirían a este propósito.*

*17. En efecto, aun cuando uno de los criterios que actualmente existe es el de considerar que la procedencia del amparo arbitral se condiciona al agotamiento de las vías previas, no parece ser ese el razonamiento más pertinente, ya que el ordenamiento ha considerado el proceso arbitral stricto sensu como aquel que opera sólo y por ante la jurisdicción arbitral. Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (como en la derogada Ley General de Arbitraje se establecieron los recursos de apelación y de anulación) como fórmula a posteriori, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate.*

*18. Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible a*

*posteriori acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5° del CPConst.*

*19. Que opere este cambio en la manera de concebir el recurso judicial de anulación no significa que el amparo arbitral esté condenado a su desaparición. Simplemente se trata de reacomodarlo a su verdadera naturaleza que no es otra que la de un mecanismo corrector absolutamente excepcional, sujeto a supuestos excepcionales que esta sentencia señalará a continuación”<sup>431</sup>.*

En principio, no existen otras vías procedimentales idóneas para el ejercicio de tal control del arbitraje, más que los señalados anteriormente. Cualquier intento de control jurisdiccional constitucional sobre el arbitraje afecta el principio de autonomía del arbitraje y por tanto es inconstitucional. Los órganos jurisdiccionales, aún teniendo la potestad-deber de defender la Constitución y tutelar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no pueden ejercitar tal control constitucional sobre el laudo arbitral sino es a través del proceso de amparo o del recurso de anulación de laudo. No puede por ejemplo ejercitar tal control en un proceso civil, en un proceso de ejecución de laudo, en un proceso penal, etc. en la que se tenga como resultado anular el laudo arbitral así haya contravenido el derecho a la tutela procesal efectiva o el debido proceso.

#### **4.8.2. Características y límites del control constitucional del arbitraje**

La autonomía del arbitraje consagrado en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución, no es ni puede ser absoluta. La eficacia del derecho constitucional a la tutela procesal y el debido proceso y la protección de la persona humana y el respeto

---

<sup>431</sup> STC N° 00142-2011-PA/TC, fundamentos jurídicos 14 a 19.

Ver la sentencia en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>

de su dignidad, exigen necesaria e inevitablemente, la intervención contralora del Estado sobre el arbitraje a través de los órganos jurisdiccionales competentes.

Sin embargo, tal poder contralor que el Estado ejerce a través de sus órganos jurisdiccionales tampoco puede ser ilimitada; al contrario, tal control tiene límites congruentes con el principio de autonomía del arbitraje, de la Constitución y plasmado concretamente en las leyes de desarrollo (Ley de Arbitraje y Código Procesal Constitucional), como veremos a renglón seguido:

- a) El control constitucional del arbitraje es siempre posterior al laudo, es *ex post* laudo y no *ex ante* laudo. Por ello, la intervención contralora del Estado a través de la justicia constitucional es *in stricto* un *control constitucional del laudo arbitral*. Tal control no existe antes de la expedición del laudo arbitral. Está prohibido, por ejemplo, toda forma de control sobre el procedimiento de la instalación del tribunal arbitral, sobre la determinación de su competencia una vez instalado el tribunal, sobre los poderes y facultades que en el trámite del procedimiento arbitral pueda ejercer el tribunal arbitral como son la actuación de medios probatorios de oficio, la incorporación o no incorporación de terceros al procedimiento arbitral. Todo intento de control constitucional al respecto debe ser rechazado por todos los jueces de la República pues ello vulnera la autonomía constitucional de la justicia arbitral, así como los principios de *kompens-kompetenz* y la independencia de los árbitros. Pueda que en el procedimiento arbitral el tribunal arbitral afecte el debido proceso o la tutela procesal efectiva, empero cualquier control sobre la actividad arbitral es siempre posterior a la expedición del laudo, de ninguna manera antes. Todo ello garantiza el principio de la autonomía del arbitraje.

Pues bien, no obstante a todos estos casos de vicios o errores en el procedimiento arbitral, el control constitucional del arbitraje es siempre

posterior al laudo. Primero se espera que el tribunal arbitral decida sobre el fondo del asunto litigioso o decida dar por concluido el procedimiento, y luego –de ser el caso- procede el control constitucional de la jurisdicción sobre él. No antes. Imagínese, si ello no fuera así, fácilmente se daría situaciones en las que una de las partes contendientes o terceros pondrían en movimiento este mecanismo de control con el propósito de evitar que el arbitraje arribe a su fin (la solución del caso a través del laudo arbitral) y con ello se pondría en peligro la utilidad y eficacia práctica del arbitraje y por ende su autonomía.

A este respecto, la Ley de Arbitraje dispone:

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

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

*Artículo 62.- Recurso de anulación.*

1. *Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.*

2. *El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.*

Al respecto, en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje se lee con respecto a este límite del control jurisdiccional se da ante: “[I]a preocupación que actualmente existe en el medio acerca de la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje. Así, contempla la protección del arbitraje frente a toda clase de interferencias [...]. El control jurisdiccional se mantiene, pero se orienta a un control *ex post* del laudo y no a un control *ex ante* del laudo que frene u obstruya el desarrollo del arbitraje. Con ello se libera al arbitraje de trabas durante su tramitación, pero respetando la facultad del sistema judicial de velar por el cumplimiento de la ley y el derecho de defensa de las partes”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional también ha sentado dicho que: “Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º 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”<sup>432</sup>.

- b) El control constitucional del arbitraje nunca recae sobre el fondo del asunto litigioso, sino sobre vulneración de derechos fundamentales y demás disposiciones constitucionales. Y, respecto a los derechos fundamentales, únicamente en relación a la violación del derecho a la tutela jurisdiccional y el debido proceso, toda vez *in stricto* el control jurisdiccional constitucional es sobre el laudo y no antes de él. Es un control del laudo arbitral. La expedición del laudo es fuero exclusivo del tribunal arbitral, la actividad contralora de los órganos jurisdiccionales de ser estimada, es únicamente una de naturaleza nulificante y no revocatoria; y, ello es así, por cuanto si las partes optaron en el ejercicio de su autonomía de la voluntad a que el asunto litigioso sea resuelto por este mecanismo alternativo de solución de conflictos, mantienen intacto ese derecho fundamental (derecho a la justicia arbitral) aún cuando el órgano jurisdiccional haya amparado la pretensión de control sobre el arbitraje, y la única manera de garantizar la autonomía del arbitraje es dándole alcance a la actividad nulificante al control jurisdiccional y no revocatoria.

A este respecto el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que:  
“La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de

---

<sup>432</sup> STC N° 6167-2005-PHC/TC, Fundamento 14. Ver la sentencia en:  
<<http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>>



*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”<sup>433</sup>.*

Como afirman al respecto Lourdes FLORES NANO y Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ: *“Eso implica que los órganos judiciales solo deben advertir el vicio; su corrección corresponderá a los órganos arbitrales. Con ello, se ratifica la exclusiva competencia de estos últimos para resolver las controversias y llevar adelante los procesos arbitrales (...)”<sup>434</sup>.*

Al respecto, la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

*Artículo 62.- Recurso de anulación.*

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

<sup>433</sup> STC N° 0142-2011-PA/TC, Fundamento 21 *in fine*.

Ver la sentencia en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>

<sup>434</sup> FLORES NANO, Lourdes y VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo en: *“El amparo de terceros contra el arbitraje. Corrección de algunos males usos del arbitraje”*. Gaceta Constitucional, Tomo 71, Noviembre 2013, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pág. 253.

Una vez más, este límite al control jurisdiccional encuentra fundamento en la autonomía del arbitraje y la exclusiva competencia que el tribunal arbitral tiene para resolver el asunto litigioso en su cuestión de fondo. Ergo, significa ello que la autonomía de la justicia arbitral y el derecho fundamental de los contratantes a la justicia arbitral tiene como contenido esencial el derecho de los justiciables de esperar que sean los propios árbitros los que en forma exclusiva y excluyente se pronuncien sobre el fondo del asunto litigioso. Esta potestad de los árbitros está fuera de control por parte de la jurisdicción.

- c) El control constitucional del arbitraje se da sobre la base de determinadas causales taxativas establecidas –ahora– como tales en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido en la reciente Sentencia recaída en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC de fecha 21 de setiembre del 2011, caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia; a saber.

*“Supuestos de Improcedencia del amparo arbitral:*

- a) *El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 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° 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° 1071, no procede el amparo para la protección de*

- derechos constitucionales aún cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N° 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.° 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.° 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 4º 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 5º 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 14º 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”.*

Debemos precisar que el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en tanto supremo intérprete de la Constitución, constituye de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil una disposición de alcance general, teniendo por tanto los efectos y alcances de una ley y obliga no solo a los jueces de los distintos órganos jurisdiccionales (ordinarios y especiales) sino también a las demás instituciones del Estado que forman parte del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, así como a las propias comunidades campesinas y nativas en lo relativo a los derechos fundamentales o humanos, así como también obliga a los que cumplen la función arbitral<sup>435</sup>.

- d) El control constitucional del arbitraje nunca es de oficio sino a instancia de parte. Este límite garantiza una vez más la autonomía del arbitraje. El artículo 63 de la Ley de Arbitraje dispone que: “1. *El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...)*”.

---

<sup>435</sup> CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL:

*Artículo VII.- Precedente Vinculante.- Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.*

También tratándose del proceso de amparo el artículo 39 del Código Procesal Constitucional dispone que: *El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo. Aunque existe en la ley mayor flexibilidad y favorecimiento al demandante y al proceso de amparo en virtud de los principios favor processus, pro homine, pro actione y pro libertatis.*

Así, según el artículo 40 del Código dispone que: *El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada. Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos. Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.*

Asimismo, el artículo 41 admite la figura de la procuración oficiosa al disponer que: *Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en*

*posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.*

- e) El control constitucional del arbitraje está sujeto a un plazo de extinción. La interposición de la demanda para tales propósitos está sujeto a un plazo de extinción. En el ordenamiento jurídico ordinariamente el ejercicio jurisdiccional de los derechos se extinguen mediante la prescripción, la caducidad u otra forma de extinción que importe el mero transcurso del plazo en un tiempo determinado previsto en la propia ley. Sin embargo, existen situaciones específicas que la propia ley prescribe a su vez como imprescriptibles. El control constitucional del arbitraje sin embargo no forma parte de dichas situaciones específica. El ejercicio de dicho control mediante la demanda correspondiente, se extinguen también por el solo transcurso del tiempo.

El artículo 64 de la Ley de Arbitraje dispone al respecto que: *“1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado”.*

A este respecto, Gonzalo GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA comentando esta disposición normativa manifiesta que:

“En efecto, en cuanto a la tramitación del recurso de anulación, la LGA<sup>436</sup> disponía que debía interponerse dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral de primera instancia o en su caso el laudo arbitral de segunda instancia, directamente ante la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje. El segundo párrafo señalaba que cuanto se hubiere solicitado corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez (10) días de notificada la resolución correspondiente.

Existe aquí un primer cambio, pues la novísima norma<sup>437</sup> dispone que el recurso de anulación se deberá presentar dentro de los veinte (20) días siguientes de la notificación del laudo y existiendo rectificación, integración, interpretación o exclusión, el referido recurso se presentará dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión que resuelve estas cuestiones o, una vez vencido el plazo para su resolución sin que el tribunal arbitral haya emitido pronunciamiento”<sup>438</sup>.

Asimismo, en el caso del proceso de amparo, el Código Procesal Constitucional prescribe que:

*“Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda*

*El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.*

<sup>436</sup> El autor se refiere a la derogada Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572).

<sup>437</sup> Se refiere al autor a la vigente Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071).

<sup>438</sup> GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Ver el comentario en “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”. Tomo I, Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (Coordinadores), Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, pág. 723.



*Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.*

*Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:*

- 1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.*
- 2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.*
- 3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.*
- 4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.*
- 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.*
- 6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda”.*

## CONCLUSIONES:

1. El arbitraje es una institución compleja por donde se le aprecie. Nosotros hemos optado por considerar que el arbitraje tiene un fundamento tridimensional: *ius*-sociológico, *ius*-filosófico y *ius*-formal, y cuyos análisis conducen a tener una noción integral del mismo
2. Desde una visión *iussociológica*, el arbitraje constituye un mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos de intereses a cargo del árbitro (o tribunal arbitral) sobre derechos e intereses de libre disposición de las partes, siendo hoy por hoy un mecanismo resolutorio alternativo a la que monopoliza el Estado a través de la función jurisdiccional. El arbitraje constituye un mecanismo natural de solución de conflictos, fruto de la naturaleza racional y libre del hombre en tanto ser gregario o social que por naturaleza es. En tanto la jurisdicción es un mecanismo impuesto por el poder del Estado y se mantiene a costa de la fuerza pública (*ius imperium*). El arbitraje en cambio subsiste en el tiempo y a la función jurisdiccional misma no obstante al principio de unidad y exclusividad que rige a esta última, precisamente por ser una institución natural, consustancial a la existencia del hombre mismo y la racionalidad y libertad en la solución de los conflictos de intereses de libre disponibilidad.
3. Desde una visión *iusfilosófica*, el arbitraje constituye un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos que tiene su causa-fuente en la libertad del hombre en tanto ser dotado de razón. Esta libertad, desde el ámbito estrictamente jurídico se expresa en el principio de autonomía de la voluntad y las libertades fundamentales de contratar y de configuración contractual, las mismas que –ya estrictamente- en el arbitraje se encuentra expresados en el: **a)** *convenio arbitral*, que es el acuerdo entre dos o más partes que tiene por objeto determinar que un determinado conflicto jurídico va a resolverse a través del arbitraje y, por lo tanto, con exclusión del Poder Judicial; y, **b)** El contrato de

- locación de servicios celebrado entre las partes contendientes y el árbitro o árbitros designados para la solución del asunto litigioso. Pero, el arbitraje tiene además como causa-fin (finalidad) la *justicia* expresado jurídicamente ya sea mediante la declaración del derecho al caso concreto o mediante la equidad (leal saber) del árbitro.
4. La dimensión dikelógica del arbitraje es poco tratada por la doctrina, y es el que mayor debate ha generado, empezando –a partir de su exaltación - por la identificación con la función jurisdiccional. Sin embargo, a partir del análisis de las diversas teorías que buscan explicar la naturaleza del arbitraje, hemos arribado a la conclusión de que el arbitraje no es jurisdicción. El arbitraje constituye un mecanismo dikelógico muy anterior al Estado y a la jurisdicción. Los orígenes del arbitraje se remontan a los mismos orígenes de la civilización humana, apareciendo por ello como un mecanismo natural de solución de conflictos, estando presente a lo largo de la historia de la civilización humana, consustancial al conflicto como fenómeno sociológico, por lo que en tanto exista conflicto habrá siempre este mecanismo heterocompositivo de solución. El arbitraje es fruto no del poder impuesto de un tercero sino de la naturaleza racional y libre del hombre frente a los conflictos de libre disponibilidad, por ello subsiste en el tiempo desde sus orígenes y se mantendrá probablemente en tanto exista sociedad y en tanto exista con ello *litis* de libre disponibilidad. El arbitraje existe y existirá para hacer justicia entre los hombres.
  5. Desde una visión *ius-formal*, el arbitraje tiene su fundamento en el convenio arbitral como manifestación jurídico de la autonomía de la voluntad sobre conflictos de intereses de libre disponibilidad. Este aspecto debe quedar claro para la configuración y contenido del principio de la autonomía del arbitraje. Así como una persona tiene derecho a disponer libremente de sus derechos, bienes e intereses propios (de libre disponibilidad) y en virtud de ello puede regalar, transar, donar, transferir, etc., también puede libremente someter a un tercero para que defina su situación jurídica respecto a un conflicto de intereses

que surge con respecto a los mismos. La libre disponibilidad de los derechos es la fuente y razón del ejercicio de la libertad en relación al conflicto, libertad que consiste en someter a un tercero (el árbitro) el conflicto para que este basado también en libertad y bajo determinados principios, derechos y deberes (determinados en el propio convenio, en el reglamento, en la ley y en la Constitución) pueda resolver el conflicto haciendo justicia entre las partes y respetando las garantías principios mínimos que permitan la existencia de un proceso justo y debido como único camino racional y razonable para el arribo hacia la justicia.

6. El ejercicio de la libre voluntad de someter a arbitraje el conflicto de intereses (de libre disponibilidad), excluye por tanto toda posibilidad por parte del Estado y de los órganos jurisdiccionales, de intervenir en el conflicto sometido a arbitraje en aras de su solución. La solución del conflicto es potestad exclusiva y excluyente del árbitro o del tribunal arbitral. Cualquier intervención de la jurisdicción y del Estado en este propósito es inconstitucional por vulnerar la autonomía del arbitraje establecido como principio en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución.
7. Sin embargo, resulta claro que, como todo derecho y principio constitucional, la autonomía del arbitraje, no resulta absoluto. El Estado y la función jurisdiccional tienen a su vez la potestad de intervenir y controlar el ejercicio de la función arbitral, pero bajo determinados criterios y límites a su vez. En principio, existe una relación de auxilio o colaboración y de actos complementarios de la jurisdicción para con el arbitraje (en la actividad probatoria, en la dación y ejecución de medidas cautelares, en la ejecución del laudo arbitral, etc.), pero también una relación de control de la jurisdicción sobre el arbitraje (control jurisdiccional del arbitraje).
8. El control jurisdiccional del arbitraje tiene su fundamento en el *ius imperium* y soberanía que detenta el Estado en la sociedad en aras de la protección de la

persona humana y el respeto de su dignidad como fines esenciales de la sociedad y del Estado. La justicia que a través del arbitraje las personas buscan no pueden ser totalmente libre sin control alguno del Estado. Debe existir un mínimo de principios y derechos que garanticen que el arbitraje se conduzca hacia el umbral de la justicia. Mediante mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos (sea arbitraje o jurisdicción o cualquier otra forma), hacia la justicia sólo se puede arribar mediante el respeto y la observancia de determinados principios y derechos mínimos que permitan la existencia de un proceso justo y equitativo (debido proceso). No hay justicia sin debido proceso, es decir sin la observancia y respeto del derecho de defensa, del derecho de prueba, del derecho de motivación de las decisiones, etc.

9. Por ello, la intervención contralora del Estado sobre el arbitraje, a través de los órganos jurisdiccionales competentes, se encuentra justificada y legitimada. La protección de la persona humana y el respeto de su dignidad exigen tal intervención. La autonomía del arbitraje constituye un fuero inviolable que permite que sólo los árbitros (o tribunal arbitral) puedan resolver el asunto conflictivo declarado el derecho correspondiente (arbitraje de derecho) o actuando según su leal saber (arbitraje de equidad). Pero, ello no impide la intervención contralora de la jurisdicción sobre el arbitraje cuando en este propósito de arribar a la justicia arbitral se vulnera las garantías mínimas para la existencia de un debido proceso arbitral (control constitucional), o se vulnera el principio de legalidad o el propio convenio arbitral (control de legalidad). La potestad del árbitro en la solución del conflicto a través del laudo arbitral debe ser consecuencia –ante todo- del respeto de dichos presupuestos, caso contrario, interviene la jurisdicción sobre el arbitraje (control jurisdiccional) anulando el laudo y ordenando la expedición de uno nuevo luego de corregir tales errores o respetando tales garantías o presupuestos. La jurisdicción sin embargo jamás puede con el propósito de control sustituirse en la potestad del árbitro en la solución del conflicto disponible. Ello es potestad exclusiva y excluyente del árbitro o tribunal arbitral.

10. Siendo la solución del conflicto disponible potestad exclusiva y excluyente del árbitro o tribunal arbitral, la intervención contralora del Estado sobre el arbitraje a través de los órganos jurisdiccionales competentes, sólo puede basarse en causales formales que en modo alguno pueden vulnerar la autonomía de la función arbitral en la apreciación de los hechos, la valoración de los medios probatorios, ni en la interpretación de las normas jurídicas y/o costumbres. La autonomía del arbitraje importa en el fondo una autonomía de la justicia arbitral. La justicia la brinda única y exclusivamente el tribunal arbitral. El Estado no puede inmiscuirse en dicha función. La unidad de la función jurisdiccional es una unidad de la justicia pública, no de la justicia en general. No existe para el Estado un deber de tutelar la unidad de la justicia, como existe en la justicia pública o estatal a través de la institución de la casación (función dikelógica, unificadora) y con los precedentes vinculantes, con los sistemas recursivos en general. La justicia que brinda el arbitraje es una justicia privada, fruto de la autonomía e independencia del tribunal arbitral. Sin mecanismos recursivos, el laudo es definitivo, inimpugnable y genera cosa juzgada.
11. Si bien, el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales competentes, no garantiza la justicia en el arbitraje, lo que sí tiene el deber de garantizar es que en el propósito de arribo a la justicia por parte del tribunal arbitral, es que se respeten los derechos y principios mínimos que garanticen la existencia de un proceso justo y equitativo (debido proceso), así como el principio de legalidad, el propio convenio arbitral, entre otros. Este aspecto del arbitraje sea probablemente su punto endeble, pero la autonomía del arbitraje, la libre disponibilidad de los derechos y la libertad, impiden que el Estado pueda intervenir en dación de la justicia en el arbitraje, sino en el diseño de las garantías fundamentales para el arribo a ella, nada más.

12. La intervención contralora de la jurisdicción sobre el arbitraje (control jurisdiccional del arbitraje) tiene dos vertientes: el *control de legalidad* y el *control de constitucionalidad*. Anterior a esta clasificación, la doctrina mayoritaria ha venido siempre hablando de control judicial y control constitucional. Sin embargo ello obedece a una visión subjetiva del control jurisdiccional a partir del órgano que ejerce el control (sea Poder Judicial o los órganos jurisdiccionales constitucionales). La clasificación que proponemos parte de una visión objetiva a partir del objeto y fines del control, sin tener en cuenta –principalmente- el órgano que ejerce tal control.
13. Así, el control de legalidad del arbitraje tiene por objeto que en la función arbitral se haya respetado las normas imperativas de orden público, incluyendo el propio convenio arbitral y lo que en él se haya pactado. El control de legalidad de ejerce exclusivamente a través del Poder Judicial (órganos jurisdiccionales competentes: Sala Civil o Mixta de la Corte Superior) y mediante el Recurso de Anulación de Laudo y basado en determinadas causales expresamente previstos en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071). Ni en otro proceso ni ningún otro órgano jurisdiccional, ni basado en causales distintas, puede ejercer tal control, pues se atentaría la autonomía del arbitraje.
14. El control de constitucionalidad del arbitraje (o simplemente control constitucional) tiene por objeto la revisión del laudo en a fin de determinar que el mismo haya sido fruto del respeto de los principios y derechos mínimos para la existencia de un proceso justo y equitativo (debido proceso) establecidos en la Constitución para la función jurisdiccional pero resulta a su vez aplicable para todo mecanismo de impartición de justicia. Es por ello un control de constitucionalidad del laudo y es ejercida no solo por los juzgados constitucionales ni por el Tribunal Constitucional, ni tampoco sólo a través de los procesos constitucionales de la libertad (sobre todo el proceso de amparo), sino que el control constitucional del arbitraje se ejerce también a través del

Recurso (o proceso) de Anulación de Laudo como vía ordinaria, específica e igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales y la defensa de la Constitución. Así, los llamados entonces para ejercer el control constitucional son a través del Proceso de Amparo como vía urgente, excepcional o extraordinario y residual, y el Proceso de Anulación de Laudo como vía ordinaria, específica e igualmente satisfactoria. El Tribunal Constitucional ha establecido en el Precedente Vinculante del Caso Sociedad Minera María Julia (Expediente N° 00142-2011-PA/TC las presupuestos de procedencia e improcedencia del amparo arbitral). En suma, el control constitucional sobre el arbitraje se ejerce ordinariamente mediante el recurso de anulación de laudo y excepcionalmente (sólo en casos de urgencia) mediante el proceso de amparo.

15. Un aspecto, tratado en la investigación, vinculado a su vez al control constitucional del arbitraje, es la relación existente entre Arbitraje y Estado Constitucional. Así, como de la relación Arbitraje y Jurisdicción, nace la necesidad e inevitabilidad del Control Jurisdiccional del Arbitraje, también de la relación Arbitraje – Estado Constitucional de Derecho, nace el control constitucional del arbitraje. Esta forma de control sólo puede existir en un Estado Constitucional de Derecho, no antes. El control de legalidad en exclusivo es propio del Estado Legislativo de Derecho.
16. El Estado Constitucional de Derecho constituye fruto de la verificación de la insuficiencia e ineficiencia del Estado Legislativo de Derecho para atender y satisfacer las exigencias sociales en la tutela de nuevos derechos fundamentales (principalmente sociales y económicos) debido a los cambios operados en el mundo. El surgimiento de una nueva clase social: el proletariado y con él nuevas pretensiones sociales, económicas y políticas (toma del poder a través de la fuerza o a través de los mecanismos democráticos mismos, la llamada *dictadura del proletariado* y la instauración del Estado comunista o socialista) que el Estado Legal de Derecho era ineficiente para satisfacer (las pretensiones



sociales y económicas) y contrarrestar (las pretensiones políticas antes referidas). Frente a lo cual nace una nueva concepción del Derecho y del Estado conocido como Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo Contemporáneo en oposición al Constitucionalismo Clásico o la del Estado Legal de Derecho. Esta nueva visión del derecho plantea la supremacía de la Constitución sobre la Ley, del Poder Constituyente (autor de la Constitución) sobre los Poderes Constituidos (entre ellos el Poder Legislativo), de la Constitución sobre la democracia misma. La Constitución es reconocida y elevada a la categoría de Norma Jurídica, pero no cualquiera, sino como Norma Suprema o Fundamental, constituido en fuente formal y sustancial de todo el ordenamiento jurídico, estableciendo para ello principios, valores y derechos (constitucionales) a los que toda norma jurídica de jerarquía inferior y todo acto proveniente del Estado (y sus instituciones) y también de los propios particulares, se someten a la Constitución. Para lo cual se instituye – fundamentalmente- la Justicia Constitucional y los Procesos Constitucionales que tienen por finalidad esencial garantizar la supremacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. Y, particularmente, se instituye el llamado control de constitucionalidad de las leyes (a través del control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional mediante el proceso de inconstitucionalidad y a través del control difuso o disperso, a cargo de todos los jueces y demás órganos que declaran derechos, mediante los procesos jurisdiccionales a su cargo) y el control de constitucionalidad de los actos (a través de procesos jurisdiccionales correspondientes). Comprendiendo tal control constitucional de los actos de los particulares en el arbitraje mediante el proceso de amparo y del recurso de anulación de laudo ya referidos en punto anterior.

17. Otra de las características esenciales del Constitucionalismo Contemporáneo es el fenómeno de la constitucionalización de los derechos provenientes de casi todas las áreas del derecho, entre ellos la constitucionalización del arbitraje mismo. Aunque el arbitraje ha tenido reconocimiento en varias de las

Constituciones del Perú Republicano (Constituciones de 1828, 1839, 1979 y 1993), incluso ya en la Constitución de Cádiz de 1812, sin embargo en la actual Constitución la constitucionalización del arbitraje no ha comprendido adecuadamente las dimensiones del arbitraje de la que hablaríamos en los puntos iniciales de la investigación: es decir, la *libertad* y la *justicia*. En este sentido, respecto a la dimensión “*libertad*”, la legitimidad constitucional del arbitraje se halla en el principio jurídico general de la autonomía de la voluntad y en las libertades contractual y de contratación, todos ellos reconocidos en la Constitución de 1993, Art. 2 inciso 24 literal a) y Arts. 62 y 63. Aunque la Constitución no hace un reconocimiento expreso del derecho fundamental al arbitraje, sin embargo resulta implícito el mismo basado en los derechos antes invocados.

18. Sin embargo, es en la dimensión “*justicia*” que la constitucionalización del arbitraje encuentra deficiencias, por cuanto en este afán, lo que ha hecho el constituyente es atribuir expresamente una naturaleza jurisdiccional del arbitraje, cuando ello dista de la realidad socio-jurídica, toda vez que la jurisdicción o función jurisdiccional es el mecanismo heterocompositivo único y exclusivo del Estado, siendo a que el arbitraje no sino eso mismo: arbitraje; es decir, otro de los mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos cuya existencia data incluso antes de la aparición del Estado y Derecho mismos.
19. Habíamos ya manifestado que lo común que existe entre el arbitraje y la jurisdicción no es su causa-fuente, toda vez que la función jurisdiccional se funda en el principio de soberanía popular (“*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*”, Art. 138 de la Constitución de 1993), en tanto a que el arbitraje se funda en la libertad y el principio de autonomía de la voluntad (Art. 2 inciso 24 literal a, Constitución de 1993). Lo común entre ambos mecanismos heterocompositivos es su causa-

fin. Ambos tiene por finalidad alcanzar la “*justicia*” para el logro de la “*paz social*”. Ambos mecanismos heterocompositivos (estatal y privado) son formas de impartir justicia, mecanismos “de administración de justicia”, siendo incluso el arbitraje una forma muchos más natural, por cuanto en tanto la *jurisdicción* tiene como instrumento para dicho fin al Derecho (por cuanto la jurisdicción no es sino la declaración y efectivización del derecho que el Juez hace en un caso concreto), en cambio el arbitraje no solo tiene como medio de alcanzar la justicia a través del derecho (arbitraje de derecho) sino también mediante la razón y el leal saber de los árbitros (arbitraje de consciencia o de equidad). En tal sentido, podemos decir que existe un Derecho a la Justicia que corresponde a toda persona en tanto ser humano, *ser* con dignidad. La Justicia puede ser brindada o hallada en el Estado (Justicia Estatal a través de la jurisdicción o función jurisdiccional) o entre los propios particulares pero acudiendo a la razón y la libertad (Justicia Arbitral o función arbitral). Así, ambos (es decir, la jurisdicción y el arbitraje) son medios de impartición de justicia.

20. Sin embargo, en ese afán de atribuirle al arbitraje la calidad de “jurisdicción excepcional”, le ha atribuido la aplicación –también- de derechos y principios propios de la función jurisdiccional. Existe en el artículo 139 de la Constitución, deficiencias en la consagración del arbitraje como “jurisdicción excepcional” y en el establecimiento de derechos y principios de la función jurisdiccional, cuando in stricto son los correspondientes a todo mecanismo de impartición de justicia, entre ellos del arbitraje.

#### RECOMENDACIONES:

1. Conforme a lo expuesto a lo largo del presente trabajo, recomendamos la Reforma de la Constitución vigente en sentido que aparece resaltado en negrita de los siguientes artículos:

**“Artículo 138°.-** “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. **El Estado garantiza el acceso a la justicia a través de la conciliación, el arbitraje y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los que son regulados por ley”.**

**“Artículo 139°.-** Son principios y derechos de la administración de justicia:  
(...)

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la jurisdicción militar y de la justicia arbitral (...).”.

## BIBLIOGRAFÍA:

### I. TEXTOS:

1. ABANTO TORRES, Jaime David. “El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales”. En: Revista Peruana de Arbitraje, N° 3/2006, Lima.
2. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Función Jurisdiccional*. Programa de Formación de Aspirantes, Lima, 2000. Ver versión electrónica en:  
<[http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ\\_justicia/funcion\\_jurisdiccional.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/funcion_jurisdiccional.pdf).>
3. AGUILAR, Fernando. “La autonomía del acuerdo arbitral”. En: *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo I (El Convenio Arbitral), Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011.
4. ALMAGRO NOSETE, José. *Constitución y Proceso*. Librería Bosch, Barcelona, 1984.

5. ALMAGRO NOSETE, J. “La nueva ley española de arbitraje”. En *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor FAIREN GUILLEN*, Valencia, 1990.
6. ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo II, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1957.
7. ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del Laudo. Primera Parte*. Palestra Editores. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre Volumen 14, Lima, 2011.
8. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema Procesal, Garantía de la Libertad*. Tomo I, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2009.
9. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, s/f.
10. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. 1, Edit. Tecnos, Madrid, 1999.
11. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. II. Edit. Tecnos, Madrid, 2000.
12. ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y CANALES CAMA, Carolina. “El papel de la jurisprudencia constitucional en la desarrollo de la jurisdicción arbitral”. En: “Arbitraje”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 13, Palestra Edit., Lima, 2010.
13. ALWIN AZOCAR, Patricio. *El juicio arbitral*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958.
14. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. EDDILI; Décima Edición, Lima, s/f.
15. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*. EDDILI, Octava Edición, Lima, s/f.

16. AMPRIMO PLA, Natale. *Arbitraje institucional o arbitraje ad hoc*. En: Revista Peruana de Arbitraje, N° 9, Edit. Magna, Lima, 2009.
17. ARISTÓTELES. La Retórica. L3, 13, 13.
18. ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. “De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación”. En: THEMIS - Revista de Derecho, Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.
19. BAEZ SILVA, Carlos. “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N° 105, México, D.F., 2001.
20. BARONA VILAR, Silvia. *Medidas Cautelares en el Arbitraje*. Thomson – Civitas, Navarra – España, 2006.
21. BARONA VILAR, Silvia. “Arbitraje en el modelo de justicia español del Siglo XXI”. En: “Derecho Arbitral”, Edit. ADRUS, Lima, 2013.
22. BAVARESCO, Agemir. “La crisis del Estado-Nación y la teoría de la soberanía en Hegel”. Ver versión electrónica en:  
<http://www.raco.cat/index.php/RecercaPensamentAnalisi/article/viewFile/106716/153085>
23. BENETTI SALGAR, Julio. *El Arbitraje en Equidad, “Temas Estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación, la Negociación”*, Editorial de la Universidad del Rosario, 2007.
24. BERNARDO SAN JOSE, Alicia. “Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión”. Granada, España, s/e.

25. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos y RUBIO CORREA, Marcial. *Derecho Constitucional General*. Segunda Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1987.
26. BLUME FORTINI, Ernesto. “*El Control de la Constitucionalidad en el Perú (Antecedentes, desarrollo y perspectiva)*”. En: “*Derecho Procesal Constitucional*” (Susana Castañeda Otsu, Compiladora), Segunda Edición; Jurista Editores, Lima, 2004.
27. BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. Imprenta Universitaria, México, 1963.
28. BRISEÑO SIERRA, Humberto. “*Arbitraje nacional e internacional*”, en *Ponencias Generales del II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y XII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Rosario, Argentina, 1983.
29. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Ara Editores, Lima, 2001.
30. BURGOA O., Ignacio. *El Juicio de Amparo*. Edit. Porrúa, Vigésimo quinta edición, México D.F., 1988.
31. CABRERA LEONARDINI. *El Estado Constitucional de Derecho y la vigencia de los valores en el ordenamiento jurídico*. Ver en:  
  
<<http://fderecho.wordpress.com/2009/10/23/el-estdo-constitucional-de-derecho-y-la-vigencia-de-los-valores-en-el-ordenamiento-juridico/>>
32. CAIRO ROLDAN, Omar. *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*. Palestra Editores, Lima, 2004.
33. CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Ad Hoc S.R.L. & Vilela Editor, Buenos Aires, 2000.
34. CAIVANO, Roque J. “*Retos del arbitraje frente a la administración de justicia*”. En: “*Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*”.

- Biblioteca de Arbitraje, Vol. 5 Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores; Lima, 2007.
35. CAIVANO, Roque J. “Control judicial en el Arbitraje”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
36. CAIVANO, Roque. “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”. En: Revista Peruana de Arbitraje, N° 2/2006, Edit. Jurídica Grijley, Lima, 2006.
37. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; Tomo I, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1943.
38. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, Edit. Magna, Lima, 2008.
39. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 1, Edit. Grijley, Lima, 2005.
40. CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Edit. Trotta, Madrid, 2003.
41. CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”. En: “*El canon neoconstitucional*”. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Editores), universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010.
42. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”. En: “*El Contrato de Arbitraje*”, Legis S.A., Universidad del Rosario, Bogotá, D.C., Colombia, 2005.
43. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Edit. UTEHA, Buenos Aires, 1944.



44. CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1998.
45. CASTILLO FREYRE, Mario. “Arbitraje en las distintas áreas del Derecho” (Primera y Segunda Parte), Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 3 y 4, Palestra Editores, Lima, 2007.
46. CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. “Contenido y forma del convenio arbitral”. En: GARCÍA ASCENCIOS. *Derecho Arbitral*. Edit. ADRUS, Lima, 2013.
47. CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. “Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia”. Biblioteca de Arbitraje, Volumen 1, Editores Palestra – Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007.
48. CASTILLO FREYRE, Mario, VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, SABROSO MINAYA, Rita. “Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables? Actualidad Jurídica, N° 177, Lima, Gaceta Jurídica, Agosto 2008.
49. CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. “El Arbitraje en la Contratación Pública”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 7, Palestra Editores, Lima, 2009.
50. CASTILLO FREYRE, Mario, VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, SABROSO MINAYA, Rita. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Primera Parte. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 25, ECB Ediciones – Thomson Reuters, Lima, 2014.
51. CASTILLO FREYRE, Mario. *Orígenes del Arbitraje*. En: *Arbitraje y Debido Proceso, Volumen II*, Biblioteca de Arbitraje, Palestra Editores – Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2006. Ver versión electrónica en:

- <[http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen\\_del\\_arbitraje.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen_del_arbitraje.pdf)>
52. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva*. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1994.
53. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. José María Bosch Editor. Barcelona, 2000.
54. COLECCIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA, Tomos I, II y II, Editora Perú, Lima, 2006.
55. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA; Cádiz 1812”. Edic. Facsimilar, México 2012. Ver en:  
<[http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/cpme\\_cadiz\\_1812.pdf](http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/cpme_cadiz_1812.pdf)>
56. CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ. Ver en:  
<[http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1812.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf)>
57. CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Cuadernos Civitas, Thomson Reuters. Pamplona, España, 2010.
58. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado*. Ver en:  
<<https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizacion-privado.pdf>>
59. COUTURE, Eduardo J. *Procedimiento: primer curso*, Vol. I, Edit. Medina, Montevideo, s/f.
60. CREMADES, Bernardo M. “*Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: El convenio arbitral*”. En: *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomo I (El Convenio Arbitral), Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011.

61. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Consciencia*”. En: *Ius et Veritas*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, N° 12.
62. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “*Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema?* En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 1, Edit. Jurídica Grijley, Lima, 2005.
63. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Segunda Edición, Temis, Bogotá – Colombia, 2009.
64. DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “*Derecho y deber de jurisdicción*”; en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, N° 4; pág. 739; Madrid, 1972.
65. DIARIOS DE DEBATES DE LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993:  
<<http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1979.htm>>  
(Diario de Debates de la Constitución de 1979).  
<<http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1993.htm>>  
(Diario de Debates de la Constitución de 1993).
66. DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial TECNOS, Vol. I y II.
67. DUGUIT, León. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos G. Posada. 2da. Edición. Madrid. Ver en: <<http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/32.pdf>>
68. ENGELS, Federico. *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, Edit. Claridad, Buenos Aires, s/f.
69. ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Edit. ADRUS, Cuarta Edición, Lima, 2011.

70. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*. Edit. Tecnos, Madrid, 2003.
71. FERNÁNDEZ-SESSAREGO, Carlos. “*El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*”. Edit. IDEMSA, Lima, 2011.
72. FERRAJOLI, Luigi. “*Pasado y presente del Estado de Derecho*”. En: “*Neoconstitucionalismo*”, Edición de Miguel CARBONELL, Edit. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2003.
73. FERRERO, Raúl. *Ciencia Política*. Séptima Edición (Póstuma), Edit. Gráfica D Lino´s. Lima, 1984.
74. FLORES CRUZ, Jaime. “*Interpretación constitucional y control sobre el órgano de control constitucional*”. Ver versión electrónica en:  
<[http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios\\_002.pdf](http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios_002.pdf)>
75. FLORES NANO, Lourdes y VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo en: “*El amparo de terceros contra el arbitraje. Corrección de algunos males usos del arbitraje*”. Gaceta Constitucional, Tomo 71, Noviembre 2013, Gaceta Jurídica, Lima, 2013. Ver versión electrónica en:  
<<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Lourdes%20Flores%20y%20Raffo%20Velasquez%20-%20GC%2071.pdf>>
76. GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre de Arbitraje*. Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2004.
77. GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Civitas - Thomson Reuters.

78. GARCÍA ASCENCIOS, Frank. *Amparo versus Arbitraje*. Edit. ADRUS, Lima, 2012.
79. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “*Las Constituciones del Perú*”. Segunda edición revisada, corregida y aumentada. Versión on-line en:  
  
<<http://www.garciabelaunde.com/biblioteca/LasConstitucionesdelPeru.pdf>>
80. GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Ver el comentario en “*Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*”. Tomo I, Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González (Coordinadores), Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011.
81. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Teoría del derecho en tiempos del Constitucionalismo*. En: *Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell (Editor). Edit. Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, Madrid, 2003.
82. GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. *El Control de Constitucionalidad de las Leyes. Recurso y Cuestión de Inconstitucionalidad*. Jurista Editores, Lima, 2005, pág. 352.
83. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Tercera Edición, Edit. ADRUS, Arequipa-Perú, 2010.
84. GASCÓN ABELLÁN, Marina. “*Justicia Constitucional: Invasión del ámbito político*”. En: “*La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*” (Estudios en homenaje a Héctor Fix–Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho) (Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Coordinadores), Tomo I (Teoría General del Derecho Procesal Constitucional), Edición Peruana, Grijley, Lima, 2009.
85. GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981.
86. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*, Primera Edición, Porrúa, México, 2004.

87. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora”. Ver versión electrónica en:  
<<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDC%20A%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>>
88. GONZÁLEZ OJEDA, Magdiel. *Derecho Constitucional General*. Edit. Universitaria de la Universidad Ricardo Palma. Lima, 2013.
89. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Civitas Ediciones, Tercera Edición, Madrid, 2001.
90. GOZAÍNI, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. La Ley, Buenos Aires, 2009.
91. GUASP, Jaime. *El arbitraje en el derecho español*. Edit. BOSCH, Barcelona, 1956.
92. GUASTINI, Riccardo. “Neoconstitucionalismo(s)”, Edición de Miguel CARBONELL, Edit. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2003.
93. GUASTINI, Riccardo. *La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Ver en: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Edit. Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2003.
94. HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Públicas*. Barcelona, Editorial Ariel, 1980.
95. HERRERA PAULSEN, Darío. *Curso de Derecho Constitucional. Teoría General*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1970.
96. HIGHTON, Elena I. “Sistemas concentrado y difuso del control de constitucionalidad”. Ver en:  
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>>

97. JUAREZ JURADO, Eder. “*La triple dimensión conceptual de la función jurisdiccional*”, publicado en la *Revista Jurídica del Perú –Normas Legales*, N° 140, Lima, Octubre, 2012.
98. KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
99. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. Palestra Editores, Lima, 2008.
100. LANDA ARROYO, César. “*El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. En: *Arbitraje*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 21, Palestra Edit., Lima, 2009.
101. LANDA ARROYO, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2010.
102. LARREA, Ana María. “*Alcance y Límites del Arbitraje en Equidad*”. Ver versión electrónica en:  
[http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29\\_21a42\\_alcanceylimites.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29_21a42_alcanceylimites.pdf)
103. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Segunda Edición, Fondo Edit. PUCP, Lima, 2010.
104. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Segunda Edición, Barcelona: Ariel, 1970.
105. LORCA NAVARRETE, José María. *La garantía de las actuaciones arbitrales y su jurisprudencia. Principios informadores y prueba de las actuaciones arbitrales*. AECID-Instituto Vasco de Derecho Procesal, País Vasco, España, 2010.

106. LORCA NAVARRETE, Antonio. *“La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia”*. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2010.
107. LEGAZ Y LECAMBRA, Luis. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1943.
108. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *Introducción al Derecho de Arbitraje*. Semper Veritas Ediciones – Instituto Vasco de Derecho Procesal, Lima, 2006.
109. MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *“Reflexión sobre el Derecho de Arbitraje peruano”*. En: *Página del Centro de Arbitraje AMCHAM Perú*, Agosto, 2003, N° 03. Ver versión *on-line* en:  
<<http://www.amcham.org.pe/arbitraj/PUBLICACIONES/LAUDO/2003/numero3.htm>>
110. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *“Breves alcances sobre el derecho de arbitraje peruano”*. En: *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 210 Año LXIX (Jul-Dic 2001).
111. MEJÍA, Henry Alexander. *Evolución Histórica del Derecho Constitucional*. Ver versión electrónica en:  
<<http://www.henryamejia.site11.com/docs/EHC/EVOLUCION%20HISTORICA%20DEL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20para%20la%20UGF.pdf>>
112. MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *El arbitraje. Estudio Histórico Jurídico*. Sevilla, 1981.
113. MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz*. Ver en: <[www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf](http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/58207.pdf)>
114. MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Cano Bueso, J. (ed.), Parlamento de Andalucía/Tecnos, Sevilla, 1989.



115. MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M. *Tratado de Derecho Arbitral*, Tomos I y II, Tercera Edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006.
116. MONROY CABRA, Marco Gerardo. *El Arbitraje Comercial*. Temis, Bogotá, 1982.
117. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Palestra Editores S.A.C. Lima, 2007.
118. MONROY GÁLVEZ, Juan: “*Conceptos elementales de proceso civil*”. En: “*Código Procesal Civil*” del Dr. Víctor TICONA POSTIGO; Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, 1994.
119. MONROY PALACIOS, Juan José. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 10 (Director Juan José Monroy Palacios), Comunitas, Lima, 2008.
120. MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo I (Parte General). Tirant Lo Blanch. Valencia – España, 2004.
121. MONTESQUIEU. *Del espíritu de las Leyes*. 112.1, Edit. Tecnos, Madrid, 1995 [1748].
122. MONTOYA ALBERTI, Ulises. *Historia del Arbitraje*. Ver versión electrónica en: <<http://www.teleley.com/revistaperuana/1ulises-56.pdf>>
123. MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al Derecho Procesal*. Tercera Edición, tirant lo Blanch editores, Valencia, España, 2008.
124. MULLER STADT, George. *Historia del Derecho Internacional Público*, (traducción del alemán por Francisco F. Jardón Santa Eulalia), Edit. Aguilar, Madrid, 1961.
125. OPPETIT, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Legis Editores S.A., Bogotá, 2006.

126. PALOMINO MANCHEGO, José y CHÁVEZ RABANAL, Mario. “*El control constitucional de la jurisdicción arbitral*”. En: “*Arbitraje y Constitución*”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 21, Palestra Edit., Lima, 2012.
127. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Décima Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid – Barcelona, 2005.
128. PÉREZ TREMP, Pablo. “*La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*”. En: “*El Derecho Procesal Constitucional Peruano*” (Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde) (José Palomino Manchego, Coordinador), Tomo I, Segunda Edición, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2007.
129. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Segunda Edición, Bosch Editor, Barcelona, 2012.
130. PINEDO AUBIAN, Martín. “*El principio de la autonomía de la voluntad y la conciliación extrajudicial*”. Ver en:  
<<http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/32.pdf>>
131. PLATÓN. *Las Leyes*. Edit. Porrúa, México, 1979.
132. POZZOLO, Susanna. “*Notas al margen para una historia del neconstitucionalismo*”. En: *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Susanna Pozzolo (Editora). Palestra Editores, Lima, 2011.
133. POZZOLO, Susanna. “*Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*”. Palestra Editores, Lima, 2011.
134. PRIETO SANCHIS, Luis. En: “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”. “*Neoconstitucionalismo(s)*”, Edición de Miguel CARBONELL, Edit. Trotta, Madrid, 2003.



135. PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Edit. Trotta, Madrid, 2013.
136. PUGLIANINI GUERRA, Luis. “Arbitraje. La relación partes-árbitro”, en *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre*, Vol. 19, Palestra Editores, Lima, 2012.
137. PUGLIANINI GUERRA, Luis. “La relación partes – árbitro”. Biblioteca de Arbitraje, Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 19, Palestra Editores, Lima, 2012.
138. QUINTERO, Beatriz. *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1992.
139. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la Administración de Justicia*. En: “La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación”, Lima, Cultural Cuzco.
140. REVISTA DEL FORO, N° 97-98, dedicado al Bicentenario de Cádiz 1812-2012, Edic. Internacional; Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Lima, 2012.
141. RIVERA SANTIVÁÑEZ, José. “Supremacía Constitucional y Sistema de Control de Constitucionalidad”. Véase en: “Derecho Procesal Constitucional”. Tomo I (Susana Castañeda Otsu, Coordinadora), Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2004.
142. ROCA MARTÍNEZ, José María. “Arbitraje e instituciones arbitrales”. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992.
143. ROSATTI, Horacio D. *El derecho a la Jurisdicción antes del Proceso*. Buenos Aires, Depalma, 1984.
144. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo V. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

145. SANGUINO SÁNCHEZ, José María. *Garantía del Debido Proceso*. En: *Debido Proceso*. Roland ARAZI (Compilador). Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.
146. SOTO COAGUILA, Carlos A. y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011.
147. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “*El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado*”. En: *Actualidad Jurídica*; Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2008; N° 177.
148. STERN VELÁSQUEZ, Myriam. “*El Arbitraje de Inversión*”. Ver en: <http://www.coladic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2009/07/stern-arbitraje-inversion.pdf>
149. TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. Décimo Cuarta Edición ampliada y actualizada, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
150. VADO GRAJALES, Luis Octavio. “*Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*”. Versión electrónica en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf>
151. VARGAS, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964.
152. VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. “*La Constitución del Perú y la Teoría Jurisdiccional del Arbitraje*”. En: “*Arbitraje*”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 8, Palestra Edit., Lima, 2009.
153. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “*Jurisdiccional del Arbitraje*”. En: “*Revista Peruana de Arbitraje*”, N° 3/2006, Edit. Jurídica Grijley, Lima, 2006.

154. VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos y MOSCOSO VALDERRAMA, Rodrigo Andrés. *“Orígenes y panorama actual del arbitraje”*. Ver versión electrónica en:

<<http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>>

<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942284>>

155. WONG ABAD, Julio Martín. *“La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la Jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial”*. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2013.

156. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Edit. Trotta. Octava Edición, Madrid, 2008.

157. ZAPPALÁ, Francesco. *“Universalismo histórico del arbitraje”*. Ver versión electrónica en:

<[http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/universalismo-historico-arbitraje/id/54649380.html)>

## II. JURISPRUDENCIA:

1. STC N° 3802-2004-AA/TC

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03802-2004-AA.html>>

2. STC N° 2235-2004-AA/TC

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.html>>

3. STC N° 0019-2005-PI/TC

<<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.html>>

4. STC N° 2496-2005-PHC/TC

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02496-2005-HC.html>>

5. STC N° 0047-2004-AI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>>
6. STC N° 2736-2004-AA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02736-2004-AA.html>>
7. STC N° 0004-2006-AI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>>
8. STC N° 3789-2005-HC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03789-2005-HC.html>>
9. STC N° 0858-2003-AA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html>>
10. STC N° 6167-2005-PHC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>>
11. STC N° 0015-2001-AI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00015-2001-AI%2000016-2001-AI%2000004-2002-AI.html>>
12. STC N° 0050-2004-AI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>>
13. STC N° 0023-2003-AI/TC.  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>>
14. STC N° 0002-2005-PI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00002-2005-AI.html>>
15. STC N° 5854-2005-AA/TC.

- <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>>
16. STC N° 3312-2004-AA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03312-2004-AA.html>>
17. STC N° 0584-1998-HC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00584-1998-HC.html>>
18. STC N° 4080-2004-AC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04080-2004-AC.html>>
19. STC N° 0015-2005-AI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00015-2005-AI.html>>
20. STC N° 0017-2003-AI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>>
21. STC N° 0023-2004-AI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>>
22. STC N° 0006-2009-PI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00006-2009-AI.html>>
23. STC N° 0010-2001-AI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>>
24. STC N° 4119-2005-AA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04119-2005-AA.html>>
25. STC N° 1209-2006-PA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.html>>
26. STC N° 09518-2005-PHC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09518-2005-HC.html>>
27. STC N° 0090-2004-PA/TC



- <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>>
28. STC N° 7723-2006-PHC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07723-2006-HC.pdf>>
29. STC N° 4241-2004-AA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04241-2004-AA.html>>
30. STC N° 5194-2005-PA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05194-2005-AA.html>>
31. STC N° 10034-2005-PA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10034-2005-AA.html>>
32. STC N° 5085-2006-AA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05085-2006-AA.html>>
33. STC N° 1014-2007-PHC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html>>
34. STC N° 4989-2006-PHC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04989-2006-HC.html>>
35. STC N° 0728-2008-PHC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>>
36. STC N° 4226-2004-AA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04226-2004-AA.html>>
37. STC N° 4348-2005-PA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04348-2005-AA.html>>
38. STC N° 4235-2010-PHC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/04235-2010-HC.html>>





39. STC N° 6712-2005-PHC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>>
40. STC N° 3938-2007-PA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03938-2007-AA.html>>
41. STC N° 03179-2004-PA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03179-2004-AA.html>>
42. STC N° 00976-2001-PA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.html>>
43. STC N° 10087-2005-PA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.html>>
44. STC N° 06730-2006-PA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06730-2006-AA.html>>
45. STC N° 0005-2006-AI/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI.html>>
46. STC N° 00030-2005-AI/TC  
<<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.html>>
47. STC N° 03075-2006-AA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03075-2006-AA.html>>
48. STC N° 4053-2007-PHC/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04053-2007-HC.html>>
49. STC N° 00966-2001-PA/TC  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00966-2001-AC.html>>
50. STC N° 02868-2007-PA/TC



<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02868-2007-AA.html>>

51. STC N° 00537-2007-PA/TC

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00537-2007->

[AA.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00537-2007-AA.html)<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00537-2007-AA.html>>

52. STC N° 0142-2011-PA/TC

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>

53. STC N° 2465-2004-AA-TC

<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02465-2004-AA.html>>

