

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

Control Constitucional
y Arbitraje

4 | NUEVA ÉPOCA | 2011
Edición especial

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
Jr. Áncash 390 – Lima
Telf. (51 1) 427-5814
webmaster@tc.gob.pe
www.tc.gob.pe

*Queda prohibida la reproducción total o
parcial de esta obra sin el consentimiento
expreso de su autor.*

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Control Constitucional y Arbitraje
N.º 4, Nueva Época, Edición especial 2011

Director General: Ernesto Álvarez Miranda

Impresión: Servicios Gráficos JMD
José Gálvez 1549 – Lince
Telf. (51 1) 472-8273
graficajmd@gmail.com

Diagramación: María Esther Ybañez

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY
Cert. N.º 99-3844

ISSN: 2222-0615

Impreso en Perú
Tiraje: 1000 ejemplares

Tribunal
Constitucional



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Presidente

Carlos Mesía Ramírez

Vicepresidente

Ernesto Álvarez Miranda

Magistrados

Juan Vergara Gotelli
Ricardo Beaumont Callirgos
Fernando Calle Hayen
Gerardo Eto Cruz
Oscar Urviola Hani

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director General

Ernesto Álvarez Miranda

Director Ejecutivo

Carolina Canales Cama

Consejo Editor

Javier Adrián Coripuna

Edgar Carpio Marcos

Luis Castillo Córdova

Alvaro Córdova Flores

Carlos Hakansson Nieto

Luis Sáenz Dávalos

Omar Sar Suárez

Susana Távara Espinoza

CONSEJO CONSULTIVO

Néstor Pedro Sagüés (Argentina)

Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesor titular emérito en la Universidad de Buenos Aires y Profesor de posgrado en la Universidad Austral de Buenos Aires, la Pontificia Universidad Católica Argentina, y la Universidad Panamericana de México

Francisco Balaguer Callejón (España)

Doctor en Derecho (Universidad de Granada, 1984). Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo y Catedrático Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional Europeo y Globalización. Director de la Revista de Derecho Constitucional Europeo y Presidente de la Fundación Peter Häberle. Miembro del Grupo de Expertos Jurídicos de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRALEX).

Antonio-Carlos Pereira Menaut (España)

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela. Director de la Cátedra “Jean Monnet” de Derecho Constitucional Europeo de la misma Universidad. Profesor Honorario de la Universidad San Martín de Porres y de la Universidad de Piura. Profesor Extraordinario de la Universidad Santo Toás (Chile) y Visitante de la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile), así como Visitante de la Universidad Panamericana (México). Ha sido miembro de la Political Studies Association of the UK durante veinte años.

Alessandro Pizzorusso (Italia)

Profesor de Derecho Público de la Facultad de la Universidad de Pisa. Fue miembro de la judicatura italiana de 1958 a 1972. Presidente de la Asociación Italiana de Derecho Comparado. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (París). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (Buenos Aires). Desde 1987 es editor de *Commentario della Costituzione*, publicado por Zanichelli, Bologna.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de “Derecho Procesal Constitucional” en la Facultad de Derecho de la UNAM a nivel licenciatura y de posgrado. Director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal “Dr. Cipriano Gómez Lara”.

Domingo García Belaúnde (Perú)

Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (desde 1968). Profesor Distinguido de las Universidades Externado de Colombia (1992) y Nacional Autónoma de México (1987) y Profesor Honorario de diversas universidades peruanas. Fundador y Secretario General Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Fundador y Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 4, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2011

Control Constitucional y Arbitraje

PRESENTACIÓN	13
---------------------------	----

ESTUDIOS

Alfredo Bullard González <i>Procrastinación y palabra empeñada: La protección y el control constitucional del arbitraje regulatorio</i>	17
Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya <i>Arbitraje y amparo</i>	37
César Guzmán- Barrón Sobrevilla y Rigoberto Zúñiga Maravi <i>¿Armadura propia o armadura prestada?: La protección del arbitraje frente a la intervención de la justicia estatal</i>	55
Juan Luis Avendaño Valdez y Raffo Velásquez Meléndez <i>Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio</i>	77
Sergio Tafur Sánchez <i>¿Apuesta el Perú por el arbitraje?: A propósito del control constitucional de las decisiones arbitrales</i>	95
Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama <i>Tribunal Constitucional y jurisdicción arbitral</i>	111
Mario Pasco Cosmópolis <i>El arbitraje en material laboral y el amparo constitucional</i>	127
Gabriela Novoa Muñoz <i>Algunas consideraciones respecto del reconocimiento constitucional del arbitraje en Chile</i>	143

Diana Marcos Francisco

Algunos aspectos controvertidos en la jurisprudencia arbitral española: especial referencia a la independencia e imparcialidad y a la “indagación razonable” en la notificación de las actuaciones arbitrales 169

Lidia Moreno Blesa

Algunas consideraciones sobre el arbitraje de consumo on line en España 203

Cristina Hermida del Llano

El auge del arbitraje en Europa y otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en la era de la globalización 239

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DEL CONTROL
CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE*

STC 00142-2011-PA, de fecha 26 de setiembre de 2011. Caso Maria Julia 273

*10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS
PROCESO DE AMPARO
(2009-2011)*

- 1) *STC 02005-2009-PA, de 22 de Octubre de 2009. Sobre la Pildora del día siguiente. Por Óscar Díaz Muñoz* 297
- 2) *STC 00926-2007-PA, de 09 de Diciembre de 2009. Identidad Sexual, Integridad Personal, Libre Desarrollo de la Personalidad y Procesos Disciplinarios en Instituciones Policiales. Por Giancarlo Cresci Vassallo* 305
- 3) *STC 04941-2008-PA, de 03 de Febrero de 2010. Pago de Comisiones por venta de boletos aéreos y Constitución Económica. Por Susana Távora Espinoza* 309
- 4) *STC 04611-2007-PA, de 15 de Abril de 2010. Comunidades Campesinas y Derecho al Honor. Por Jose Rojas Bernal* 313
- 5) *STC 03592-2007-PA, de 29 de Abril de 2010. Transporte Público Interprovincial. Las Personas Jurídicas como Titulares de Derechos Fundamentales. Por Clementina Rodríguez Fuentes* 319
- 6) *STC 04657-2008-PA, de 09 de Junio de 2010. Ejecución de la Sentencia Constitucional. Por Jose Rojas Bernal* 323
- 7) *STC 05181-2009-PA, de 30 de Junio de 2010. Caso Elsa Canchaya. Por Jorge León Vásquez* 327

8) <i>STC 06316-2008-PA, de 30 de Junio de 2010. Derecho a la consulta y pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial.</i> Por Johan León Florián	331
9) <i>STC 05427-2009-PC, de 23 de Agosto de 2010. La inconstitucionalidad por omisión y el deber de reglamentar el derecho a la consulta.</i> Por Johan León Florián	339
10) <i>STC 04749-2009-PA, de 24 de Agosto de 2011. La protección constitucional de las personas con VIH/SIDA.</i> Por Jaime de la Puente Parodi	345

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Armin von Bogdandy <i>El paradigma del pluralismo normativo.</i> <i>Una nueva perspectiva de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales</i>	353
Mariela Morales Antoniazzi <i>La no reelección como garantía de la democracia</i> <i>¿Reconstrucción vs. Desconstitucionalización?</i>	375
Martha C. Paz <i>El derecho al olvido. La influencia del tiempo en la determinación de un asunto noticioso que ya no es públicamente relevante. La doctrina de la Corte Constitucional Colombiana.</i>	403

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández <i>Derecho de Amparo</i>	415
---	-----

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	421
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	423
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	425

Presentación

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Nueva Época*, retomada como un importante proyecto frente a la necesidad de que el máximo intérprete de la Constitución asuma sus responsabilidades en la consolidación de una doctrina constitucional que resista las coyunturas políticas y económicas. Pues, eso constituye en última instancia la garantía jurisdiccional constitucional.

Nuevos retos y desafíos se le presentan al Tribunal Constitucional. Si bien normativamente queda claramente justificado el rol que cumple el Tribunal Constitucional como guardián de los valores jurídicos y democráticos consagrados por el poder constituyente, en la actual etapa se plantea el problema de los límites de su quehacer contralor; de un lado, frente a los poderes públicos y a las instituciones del Estado de Derecho, y de otro, frente a la autonomía privada.

En este sentido, es que ponemos en vuestras manos el Número 4, Nueva Época, de su Revista institucional, cuya temática aborda la relación entre el control constitucional y el arbitraje. Siendo que esta edición especial de la Revista a través de sus páginas deja el testimonio de los puntos debatidos que permitieron la aprobación del precedente constitucional en materia de control constitucional del arbitraje, STC 00142-2011-PA, de fecha 26 de setiembre de 2011, Caso Maria Julia.

En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción especial en el artículo 139°, inciso 1), de la Constitución de 1993. Sin embargo, el debate en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje es permanente. Incluso el propio Tribunal Constitucional ha experimentado un proceso de perfeccionamiento de los alcances del control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, en una suerte de ensayo y error —*trial and error*— en tanto método de apertura al material normativo constitucional.

Así, la afirmación constitucional de la legitimidad y alcances de la jurisdicción arbitral estuvo determinada por una primera etapa de reconocimiento del denominado “amparo arbitral” (1999-2006); una segunda etapa consistente en la primera autolimitación del control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral a través del Caso Cantuarias Salaverry (2006-2008); y, finalmente una tercera etapa de confrontación de posiciones en torno a la identificación de la naturaleza del proceso arbitral (del 2008 a la fecha). No obstante a través de la aprobación del precedente constitucional referido, se ha logrado gestar una decisión madura que culmina el proceso de consolidación jurisprudencial en la materia.

Al respecto, cabe destacar que la postura que finalmente ha ganado consenso necesario al interior del Pleno del Tribunal Constitucional es de carácter mixta o ecléctica, a favor de una naturaleza jurídica propia del arbitraje que conjuga

las características de la teoría contractualista y de la teoría jurisdiccionalista. Por ello, conforme ha consagrado este Colegiado, para el ordenamiento constitucional peruano la legitimación del arbitraje proviene de un acuerdo expreso, es decir, de un contrato celebrado entre las partes y el tercero al que éstas acuden libremente, siendo el objeto del contrato o convenio arbitral la solución de un conflicto determinado. De esta forma es como el arbitraje queda incorporado al orden público constitucional, y la jurisdicción del amparo se autolimita para garantizar de mejor manera su desarrollo y funcionamiento.

Finalmente, nos queda ofrecer algunas explicaciones sobre el contenido de la Revista. En esta oportunidad, la Sección «Estudios» presenta artículos que analizan la institución del arbitraje en el sistema peruano, y hemos incluido las colaboraciones académicas de profesores extranjeros que nos permiten conocer las nuevas formas en que viene siendo utilizado el arbitraje a nivel del Derecho Comparado.

De otro lado, dado el importante papel que la jurisdicción constitucional desempeña en nuestro país, se ha establecido que una parte fundamental de cada número deberá dedicarse al comentario de la «Jurisprudencia Constitucional». Así, se recogen los lineamientos de las diez sentencias más emblemáticas en materia de amparo en el período de los últimos dos años, referidas a la tutela de los derechos fundamentales en materia del derecho de consulta indígena y la protección constitucional de las personas con VIH/SIDA, así como, los principios de la Constitución Económica y de ejecución de la sentencia constitucional.

Se consignan también desarrollos analíticos de «Jurisprudencia Comparada» que en este número se presentan respecto la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio democrático en América latina, y el derecho al olvido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Por último, la Sección «Reseña Bibliográfica» tiene como finalidad dar a conocer las publicaciones más recientes relacionadas con el Derecho constitucional, haciendo una presentación de sus contenidos.

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* está a cargo del equipo editor en quien recae la tarea principal de elaborar la propuesta de directrices sobre las que se regirá la Revista y de elegir las aportaciones temáticas. Además, en esta oportunidad deseo extender mi especial reconocimiento a los profesores Jorge Santistevan, Juan Luis Avendaño, Mario Castillo y Sergio Tafur, pues a través de los espacios de diálogo generados para la discusión respetuosa, se propició el debate sobre los alcances del precedente constitucional en materia de arbitraje que difundimos a través de la presente Revista.

Ernesto Álvarez Miranda
Director General

ESTUDIOS

PROCRASTINACIÓN Y PALABRA EMPEÑADA: LA PROTECCIÓN Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE REGULATORIO*

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**

SUMARIO: **I.** *El respeto de la palabra empeñada.* **II.** *El fin de la visión política del Estado.* **III.** *Construyendo el candado: Generando Accountability.* **IV.** *La arbitrabilidad de las decisiones regulatorias.* **V.** *La Relevancia de los Contratos Ley y su Marco Constitucional en la Arbitrabilidad de Controversias Regulatorias.* **VI.** *Conclusión.*

I. EL RESPETO DE LA PALABRA EMPEÑADA.

Juan desea hacer dieta. Esta subido de peso y sabe que ello afecta su bienestar y su salud futura. Esta convencido que tiene que hacerlo si es que quiere estar mejor.

Durante el día, con grandes esfuerzos, consigue mantener la dieta. Le gusta comer, pero su fuerza de voluntad puede más. Pero el problema viene en la noche. De pronto el hambre, y sobre todo el deseo de probar algunas de las cosas que tiene en el refrigerador, pueden más. Se levanta, se dirige a la cocina, abre el refrigerador y come lo que no debe. Ha sido víctima de lo que los psicólogos llaman “procrastinación”, y que no es otra cosa que el deseo, reflejado en conducta, de postergar algo que sabemos bueno para nosotros, para cambiarlo por un placer temporal y presente.

* El autor desea agradecer profundamente el apoyo de Andrés Talavera en la investigación realizada y en elaboración del presente trabajo. Sin dicho apoyo y compromiso su elaboración no hubiera sido posible

** Abogado en Bullard, Falla & Ezcurra. *Master of Laws* (LLM.) por *Yale Law School*. Egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Juan encontró la solución. En una tienda tienen un sistema de candados que cierra su refrigerador y que puede ser programado para que se abra solo a las horas de las comidas permitidas por su dieta (de hecho es un producto que existe en el mercado norteamericano). Para autocontrolarse tiene que poner límites a su propia tentación. Así, cuando esta con la cabeza fría decide tomar medidas que lo protejan de sí mismo para cuando se le caliente la cabeza. Se “vacuna” contra la procrastinación.

Pero no solo las personas naturales pueden ser víctimas de la procrastinación. También le pasa –y con frecuencia– a los Estados. Cuando estos quieren traer inversión están dispuestos a ofrecer el oro y el moro. Empeñan su palabra de que respetaran las reglas de juego. Pero una vez que consiguieron la inversión, al Estado se le calienta la cabeza, y se olvida de aquello a lo que se comprometió. “Abre la refrigeradora” y devora los derechos y propiedades del inversionista.

Por supuesto que sabe que romper su palabra, como sabe Juan que le pasará si rompe su dieta, lo dañará en el largo plazo por que la pérdida de credibilidad reducirá la inversión necesaria. Pero no importa. Justo eso es lo que causa la procrastinación, la que se ve exacerbada por el proceso político en el que un gobierno prefiere olvidar los compromisos de los anteriores.

¿Cómo evitar que ello suceda? De manera similar a Juan, el Estado necesita “ponerle un candado al refrigerador”. Una forma es celebrar contratos, pero nada más fácil de romper para un Estado que su palabra empeñada. Por supuesto que se pueden incluir garantías en la Constitución o en tratados y leyes. Pero siempre esos textos pueden ser modificados. La solución ha sido entonces usar el arbitraje, es decir el sometimiento de cualquier controversia a un sistema privado y ajeno al Estado de solución de controversias. Ese es el candado que nos asegura que no se abra el refrigerador en momentos indebidos.

Por supuesto que siempre Juan (o el Estado) pueden encontrar una comba suficientemente grande para romper el candado. Por eso usamos candados resistentes y especiales. En el Perú ese candado está forjado en metal constitucional, el metal jurídico más duro que conocemos. No es infalible, pero resiste más que otros.

Y para sofisticarnos, el diseño del candado es una combinación de tres piezas ingeniosamente diseñadas para evitar que se le manipule: el contrato ley, los tratados de protección de inversiones y el arbitraje. Son candados bastante bien diseñados y ensamblados hechos de “acero” constitucional.

Pero la procrastinación es un incentivo muy fuerte para romper candados. El presente artículo trata justo del conflicto entre la procrastinación política de desconocer la palabra empeñada y los mecanismos de autocontrol constitucional diseñados por el propio Estado para protegerse (y protegernos) de su propia tentación.

II. EL FIN DE LA VISIÓN ROMÁNTICA DE LA POLÍTICA Y DEL ESTADO.

El Derecho Público, y en general el Derecho Administrativo, ha tenido la tendencia a asumir el cuento del “Estado Bueno”. Como diría el premio Nobel de Economía James M. Buchanan, se estaría asumiendo una visión romántica de la política.^[1]

La teoría del *Public Choice* ha desmitificado esa idea y ha demostrado que los individuos actúan reaccionando a los incentivos de manera similar cuando actúan en su esfera privada a cuando actúan como funcionarios públicos, es decir buscan maximizar sus beneficios^[2]. En otras palabras los incentivos individuales que mueven a los políticos son los mismos que mueven a los comerciantes o a las personas en general. Pero los límites y restricciones que enfrentan no son los mismos.

Como bien dice Buchanan, refiriéndose a lo que nos ha ayudado a describir la teoría del *Public Choice*:

“El romance se ha ido, quizás para no volver nunca. El paraíso socialista se ha perdido. Los políticos y los burócratas son vistos como personas comunes y corrientes como todo el resto de nosotros, y la política es vista como un conjunto de arreglos, un juego si quieren, en el que muchos jugadores cuyos muy diversos objetivos interactúan para generar resultados que podrían no ser ni internamente consistentes ni eficientes bajo cualquier estándar.”^[3]

La actuación correcta de los funcionarios depende de la existencia de incentivos adecuados. John Stuart Mill decía que “La oficina pública perfectamente constituida es aquella en la que el interés del funcionario es enteramente coincidente con su deber”^[4]. Y todo para constatar que eso no se cumple o se cumple en situaciones muy excepcionales. Mientras los comerciantes tienen como límites la propiedad y la libertad de contratar de sus contrapartes, los funcionarios públicos enfrentan límites ambiguos y criterios poco claros para limitar su poder de acción. Ello explica el movimiento que se ha observado en los años recientes hacia “contractualizar” lo público para crear límites más claros y exigibles a la actuación del Estado, como veremos más adelante.

[1] Buchanan, James M. “Politics Without Romance. A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications”. En *The Collected Works of James M Buchanan*, Vol 1, Liberty Fund, Inc., 1999. pp 45-58

[2] Para una revisión de los principios básicos de la teoría, se puede revisar Buchanan, op cit y Tullock, Gordon “*Governement Failure: A Primer in Public Choice*” Cato Institute. 2002.

[3] Buchanan, op cit, p. 57. (traducción libre)

[4] Mill, John Stuart, “On Liberty”, en <http://oll.libertyfund.org/title/233> (generado el 3 de noviembre del 2010), p. 66.

III. CONSTRUYENDO EL CANDADO: GENERANDO ACCOUNTABILITY

Una de las opciones para resolver el problema de la procrastinación es contractualizar la función pública para generar un marco más claro de obligaciones. Se trata de generar *accountability* (muy mal traducido como “rendición de cuentas”). El *accountability* significa que tenemos que explicar y justificar frente a otro qué es lo que hicimos.

Los funcionarios pueden reaccionar o considerar como un costo que alguien revise lo que ellos hacen y que, eventualmente, les enmienden la plana. Con ese mecanismo se genera un costo (la enmendada misma) que puede motivar un cambio en el patrón de conducta y evitar que se abra el refrigerador. El funcionario sabe que si alguien lo enmienda, debe tener más cuidado.

Este problema, presentado en todo organismo estatal, tiene algunas aristas particulares en los llamados organismos reguladores. De orígenes relativamente recientes en Latinoamérica (en el Perú aún no cumplen 20 años) éstos organismos nacen con la privatización, en particular de los servicios públicos. Son creados con un cierto grado de autonomía y supuesta independencia del Poder Ejecutivo. La razón es precisamente controlar la presión del gobierno sobre su actividad.

El problema que estamos reseñando se hace aún más complejo en aquellas áreas en las que el Estado interactúa contractualmente con los particulares. Cuando el Estado concede un servicio para que un particular lo explote, la tentación de usar su otra cara, la distinta a la de contratante, la de regulador, es decir, la dibujada con el pincel del *ius imperium* se exagera y la experiencia histórica así lo demuestra. El Estado es el único contratante que puede cambiar las propias reglas que acordó con su primera cara usando su segunda cara. Concede y cuando consigue la inversión que requería puede intentar expropiarla. Pacta una tarifa para un servicio pero luego usa a un regulador para reducirla o crear exigencias que no estaban en el contrato. Y los ejemplos para ilustrar este punto lamentablemente sobran.

Ello explica el fenómeno de la “contractualización de lo público”. Países hambrientos de inversión se han visto en la necesidad de generar la confianza que sus Cortes no pueden generar, asumiendo compromisos contractuales que involucran incluso sus facultades públicas. Es decir, han tenido que aceptar “privatizar lo público”, reconociendo contractualmente la existencia de límites a sus potestades estatales. Así crean *accountability* a los funcionarios por medio de contratos. E incluso se llega al extremo de cambiar los modelos regulatorios para que se incorporen las reglas y principios de la regulación ya no en normas o disposiciones administrativas, sino en el texto mismo de los contratos y así reducir el riesgo regulatorio convirtiéndolo de discrecionalidad administrativa a compromiso contractual

El asunto tomó dimensiones especiales durante los procesos de privatización en Latinoamérica en los 80s y 90s. En muchos países de Latinoamérica la debilidad de las Cortes no ponía a la vista de los potenciales inversionistas garantías de que sus derechos serían respetados. La sensación era especialmente peligrosa en áreas política y socialmente sensibles como los servicios públicos (telecomunicaciones, energía, agua y saneamiento y transporte), cuya privatización era urgente y necesaria, pero donde la tentación democrática de intervenir en los derechos de los inversionistas es mucho mayor. Y no se percibía un Poder Judicial capaz de frenar los excesos que se pudieran producir.

Una de las expresiones que da respuesta al problema es la aparición de los llamados Contratos Leyes (y algunas de sus modalidades como los Contratos de Estabilidad Jurídica) que conceden a las empresas inmunidad frente a cambios legislativos o regulatorios. El Estado renuncia mediante estos mecanismos a cambiar la Ley y las reglas de juego. Así, de darse un cambio de la Ley en perjuicio de la empresa, dicho cambio no será oponible a quien cuenta con un convenio de estabilidad.

Por ejemplo la Constitución Peruana, establece en el segundo párrafo del artículo 62 que *“Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, (...)”*

Bajo tal sistema los inversionistas podrían celebrar convenios de estabilidad jurídica inmodificables por Ley (o por decisiones regulatorias), garantizando que no se modificará el régimen tributario, la estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y el derecho a la no discriminación entre inversionistas. De ser modificado alguno de estos regímenes, su cambio no afecta a la empresa que goza del convenio. Es interesante ver cómo el Estado, en aras de generar la estabilidad del sistema, renuncia, incluso, a ejercer su poder de modificar la Ley. En otras palabras le pone el “candado al refrigerador” para no caer en la tentación de apropiarse de la inversión una vez atraída esta.

Pero de nada sirve el reconocimiento de un derecho si no hay mecanismos efectivos para hacerlo cumplir. No sirve decir que el Estado se comprometió contractualmente a algo si es que cuando acudimos a una Corte para exigir lo pactado esta desconoce el pacto o lo hace inefectivo. Y en temas de reconocimiento de las renunciaciones del Estado a cambiar las leyes, las Cortes domésticas suelen mostrarse escépticas.

Y entonces entra a tallar el arbitraje: el sometimiento del Estado a árbitros privados para que resuelvan las controversias sobre estos temas, y que incluyen pronunciarse sobre si un cambio legislativo o una decisión regulatoria afecta los derechos de los inversionistas. Y entonces algunos se rasgan las vestiduras por que unos árbitros privados, sin nombramiento público y sin *ius imperium*, les enmiendan la plana a los reguladores. Juan grita por que no le dejan abrir su refrigerador. Pero fue su propia decisión el autolimitarse.

IV. LA ARBITRABILIDAD DE LAS DECISIONES REGULATORIAS

Varios han levantado sus voces en contra de la posibilidad que el Estado haya sometido a arbitraje las decisiones regulatorias. Sólo a título de ejemplo podemos analizar un reciente artículo publicado por Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya^[5], que de manera muy ilustrativa recoge los típicos errores que suelen cometerse cuando se analiza este tema.

Quizás valga la pena citar su conclusión principal:

*“(...) debemos recordar que el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que se pueden someter a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. En ese sentido, resulta evidente que **ni el Ministerio de Transportes y Comunicaciones -en su calidad de concedente- ni el concesionario, tienen libre disposición sobre las funciones otorgadas por Ley al OSITRAN.***

*En otras palabras, ni el concedente ni el concesionario pueden disponer de las funciones (y de los actos administrativos que emite el OSITRAN derivados precisamente de dichas funciones legales), es decir, no pueden decidir libremente sobre ellas, **por lo que tampoco están en aptitud de otorgar a un tercero (Tribunal Arbitral) la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas.**”^[6]*

Como se puede apreciar los autores referidos niegan la arbitrabilidad de cualquier asunto que se derive de una decisión regulatoria simplemente porque considera que ello contradice el principio de que no son arbitrables los temas que no son de libre disposición.

Como veremos, el error de fondo radica en (1) leer el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje como si terminara en la referencia a los temas de libre disposición; y (2) omitir el análisis de los aspectos constitucionales implicados, y que protegen al inversionista precisamente con la arbitrabilidad.

En primer lugar veamos lo que ocurre con el artículo 2, inciso 1 de la Ley de arbitraje y el argumento de que solo son arbitrables los temas de libre disponibilidad. Efectivamente eso dice la primera parte del texto. Pero el artículo continúa y se refiere a aquellos casos que la Ley, los tratados o acuerdos internacionales autoricen^[7]. Ello significa que la Ley o los tratados, partiendo

[5] CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita. “¿Las Funciones del OSITRAN son materia arbitrable?”. En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, N° 5, 2010.

[6] CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita. Op.cit. p. 25.

[7] “**Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.**

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición

del marco constitucional vigente en el Perú, pueden autorizar a que se arbitren temas que no serían en principio de libre disposición. Y en el Perú, como en muchos otros países, la ley y/o los tratados permiten precisamente que ello ocurra.

Llama la atención que en todo el artículo de Castillo y Sabroso no se encuentre una sola referencia a los contratos ley. Todo el análisis se hace como si dichos contratos no existieran y, peor aún, obviando su fundamento constitucional. En el artículo en cuestión se analiza la arbitrabilidad de las decisiones de OSITRAN^[8] sobre los inversionistas, sin considerar que virtualmente todos los contratos de inversionistas en infraestructura de transporte o son contratos ley, o están amparados por otros compromisos que sí constituyen contratos leyes. Y la Constitución permite la arbitrabilidad de los contratos leyes y de las obligaciones que de ellos se deriven.

Lo cierto es que escribir un artículo sobre la arbitrabilidad de las decisiones regulatorias sin mencionar los términos “contrato ley” es como escribir un artículo sobre la diabetes sin usar el término “azúcar” o sobre derechos fundamentales en el Perú sin usar el término Constitución.

V. LA RELEVANCIA DE LOS CONTRATOS LEY Y SU MARCO CONSTITUCIONAL EN LA ARBITRABILIDAD DE CONTROVERSIAS REGULATORIAS

Los contratos de inversión pueden tomar formas muy distintas: contratos de concesión, de licencia para exploración, de Asociaciones Público Privadas, de privatización, convenios de estabilidad jurídica o tributaria, etc. Llamaremos contratos de inversión a todo acto jurídico que tiene por objeto promover o desarrollar un proyecto de inversión y en el que, por alguna razón, una de las partes es el Estado, y la otra un inversionista privado.

Ahora bien, estos contratos suelen contar con cláusulas arbitrales que permiten arbitrar los incumplimientos que se den a las obligaciones en ellos contenidos.

Estos contratos se han presentado, con matices propios de los distintos marcos legales nacionales de los distintos países, bajo ciertos elementos comunes que les dan características especiales:

conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.”

[8] OSITRAN son las siglas que identifican al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

- a. Las inversiones han requerido garantías estatales que comprometen facultades de *ius imperium* (como estabilidad de regímenes legales, tributarios, cambiarios, o seguridades contra expropiaciones o reglas regulatorias que van desde condiciones de acceso, cálculos de tarifas, estándares de calidad, etc.);
- b. Implican la entrega de facultades originariamente consideradas como estatales, como ocurre en los contratos de concesión de servicios públicos en los que se entrega a un privado la prestación de un servicio originalmente reservado para el Estado, pero delegable a particulares de acuerdo al marco legal.

En estos casos el propio contenido del contrato recae o se vincula sobre facultades asumidas como inherentes al Estado, y que como tales suelen encontrarse dentro del ámbito de la doctrina de los actos del Estado. No estamos ante contratos en que uno se compromete simplemente a transferir un automóvil por el pago de un precio. Suelen contemplar el aseguramiento de un marco de reglas aplicables a la inversión, dotando de cierta estabilidad a la inversión garantizada por el Estado. Por ende y toda vez que el objeto del contrato consiste en brindar dicha garantía y estabilidad, su afectación constituye un incumplimiento contractual. En otras palabras se considera como un incumplimiento que puede generar responsabilidad, el cambio de las reglas fijadas por el propio Estado. El *ius imperium* se contractualiza.

En otras palabras, muchos de estos contratos constituyen parte o casi todo el marco regulatorio al que queda sometido el inversionista, con una declaración expresa del Estado de que dicho marco no será modificado ni aplicado de manera diferente. Estamos pues frente a la denominada regulación por contrato, figura que se usa precisamente para crear marcos regulatorios *ad hoc* a ciertas inversiones y que sustituyen, precisan o ajustan los marcos regulatorios comunes.

Así, por ejemplo, bajo este sistema, los contratos de concesión, en tanto expresan un acuerdo de partes, se utilizan en lugar de las normas administrativas precisamente para dar credibilidad a los compromisos del Estado y para limitar su actuación a determinados parámetros. El contrato de concesión, desde esta perspectiva, es un instrumento para reducir -no para ampliar- la discrecionalidad del Estado y sus agentes. En ésta línea, Guasch y Spiller enfatizan que los contratos **“están intencionados para limitar al gobierno, más que para otorgarle amplios poderes regulatorios”**^[9].

[9] GUASCH, J. Luis y Pablo SPILLER. *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*. The World Bank, Washington DC. 1998. p. 38. Traducción libre.

En efecto, el contrato como instrumento regulatorio exige que el concesionario esté de acuerdo con cualquier modificación de los términos del mismo. De este modo, por ninguna vía el Estado podrá modificar unilateralmente lo expresamente pactado. Ni siquiera podrá hacerlo a través de una norma posterior.

Tal como afirman Guasch y Spiller:

“La ventaja de establecer marcos regulatorios a través de licencias es que, en la medida en que las licencias suelen tener la fuerza de un contrato entre el gobierno y las firmas, cualquier enmienda a las mismas suelen requerir el consentimiento de la compañía.”^[10]

Su uso se da precisamente para reducir el riesgo regulatorio y crear incentivos para que el Estado no desconozca con la mano derecha lo que reconoció con la mano izquierda.

Por ello es un contrasentido sostener que no es arbitrable precisamente aquello que explica la naturaleza particular del contrato. Esa es la razón de ser del mismo.

Por supuesto que la arbitrabilidad alcanza solo a aquellos elementos recogidos directa o indirectamente por el contrato, y por tanto no alcanza aquellos temas que el contrato no regula. Si el contrato señalara, por ejemplo, que las normas de acceso no son arbitrables, entonces debe respetarse el acuerdo. Pero si el contrato lo regula, entonces es arbitrable, salvo que el propio contrato lo excluya como materia arbitrable.

A efectos de ahondar sobre este tipo de regulación contractual, revisemos cuál es el marco constitucional y legal que la ampara. En ese sentido, el artículo 62° de la Constitución establece que:

“La libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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”. (el subrayado es nuestro)

En relación a los contratos ley mencionados en el precitado artículo, el Tribunal Constitucional del Perú ha dado la siguiente definición:

[10] GUASCH, J. Luis y Pablo SPILLER. Op. Cit., p. 45. Traducción libre.

“La segunda parte del artículo 62° de la Constitución, no precisa qué es lo que debe entenderse por contrato-ley y tampoco, en línea de principio, cuál puede ser su contenido. Se limita a señalar que ‘(...) mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades...’.

*Pese a ello, puede precisarse que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. **Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su ius imperium, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste”.**^[11] (el subrayado es nuestro)*

Marcial Rubio^[12] señala sobre este punto que:

*“Los contratos ley tienen esta denominación, precisamente, porque una vez acordados y aprobados por el Estado, son inmodificables por el plazo que en ellos se establezca. **Su finalidad consiste en dar garantías a los contratantes con el Estado, de que las condiciones pactadas se mantendrán al margen de los cambios legislativos que se establezcan.** De esta manera, los inversionistas pueden hacer un cálculo de costos e inversión para el largo plazo. Por ello, estos contratos se llevan a cabo, principalmente, para obras de larga maduración o de alta inversión para explotación duradera (típicamente, contratos de explotación minera)”.* (el subrayado es nuestro)

La fortaleza legal de un contrato ley, permite que el Estado garantice que incluso no modificarán leyes, si estas leyes entran en contradicción con el texto del contrato. O que en todo caso, si la modificación se realiza, ésta no será

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. No. 005-2003-AI/TC -Acción de Inconstitucionalidad iniciada por 64 congresistas de la República contra diversas leyes que permitieron al Estado peruano suscribir con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley. La decisión se ubica en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2003-AI%20Admisibilidad.html.

[12] Marcial Rubio Correa, Estudio de la Constitución Política de 1993, T. III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 294-295. De manera similar, Ulises Montoya Alberti, “Medios de protección a la Inversión Extranjera”. En: Revista de Derecho y Ciencia Política, Vols. 52, No. 2, 53 y 54, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1995-1997, p. 112, indica que el “...derecho adquirido en el contrato no puede ser afectado por una ley, aún más, teniendo en cuenta que en algunas legislaciones, como es el caso del Perú, estos contratos tienen rango constitucional, en este caso cualquier ley que se dicte modificando unilateralmente sus condiciones sería inconstitucional, pudiendo plantearse las acciones que la Constitución señala para tales casos. Además de existir la prohibición de no poder modificarse legislativamente”.

ponible al inversionista. Y si ello es posible con una Ley, uno de los actos de imperio más importantes y con mayor jerarquía del Estado, la pregunta obvia es cómo esa garantía no puede aplicarse a una decisión regulatoria que contradice lo que señala el contrato o no respeta su texto o su espíritu.

Por ejemplo, si un contrato ley contempla que serán exigibles a un inversionista en el mercado de telecomunicaciones determinados estándares de calidad en el servicio, y una ley establece luego estándares más exigentes a la industria, el cambio legislativo no será oponible al inversionista que esté amparado por su contrato. Ello no significa que se esté arbitrando el valor de la Ley y su conformidad con el ordenamiento jurídico peruano. Pero sí podrá el inversionista reclamar que ese cambio legislativo no le es exigible ni oponible, y que su aplicación constituiría una vulneración de su contrato. Si existe un convenio arbitral, tal conflicto será materia arbitrable.

Sin duda uno puede decir que la facultad de dictar y hacer cumplir leyes no es de libre disposición. Quién podría dudarlo. Pero si la Ley lo autoriza, esa facultad puede ser arbitrable, no porque no sea de libre disposición, sino porque el marco legal autoriza su arbitrabilidad.

No se debe por tanto confundir que las leyes no sean de libre disposición con el hecho de que las consecuencias contractuales de esas leyes no sean arbitrables. Si el Estado se comprometió a que se cumpliría un determinado marco de reglas contractuales, no podrá modificarlo bajo la excusa que una ley modificó esas reglas. Justamente de ese problema se encargan los contratos leyes. Hacerlo es romper el candado del refrigerador.

Si esto ocurre con una ley, con mayor razón con una decisión de un organismo regulador que contraviene o desnaturaliza el contrato. Si una tarifa se calcula en contra de las reglas pactadas en el contrato para su cálculo, más allá que la función de determinar tarifas de un regulador no sea en principio de libre disposición, la ley puede autorizar que el impacto contractual de dicha decisión sí sea arbitrable y por tanto se genere la responsabilidad por incumplimiento del Estado.

Esta función de los contratos leyes como candado está claramente recogida en la Exposición de Motivos del artículo 1357 del Código Civil que señala:

“Por lo demás es válido que el Estado se someta a la esfera del Derecho privado y se coloque de modo paritario con el contratante particular cuando la conveniencia pública lo requiera. Esta es, en el fondo, la esencia del ‘contrato-ley’, en el cual y partiendo de la existencia de una regulación legal que confiera seguridades y garantías, quedan concretadas en una relación contractual de Derecho privado y de cumplimiento forzoso para los otorgantes”.

Como indica De la Puente “...pese a su ‘jus imperium’, [el Estado queda] **sometido a una relación contractual** cuando se trate de otorgar garantías y

seguridades a un particular... Relación contractual que lo obliga a mantener tales seguridades y garantías en los términos del contrato". (el agregado y subrayado son nuestros)

Así, la consecuencia principal es que suscrito el contrato, este transforma una relación típicamente pública/administrativa en una privada/contractual,^[13] no resultándole de aplicación a este contrato las facultades de imperio o cláusulas exorbitantes del Estado. La Ley convierte de libre disposición, lo que en un inicio no lo era. Esa es la esencia y la razón de ser de los contratos ley.

Los contratos ley se rigen exclusivamente por el derecho privado, y por ello los convenios arbitrales contenidos en dichos contratos ordenan arbitrar una relación que se ha convertido en una de derecho privado. La discusión sobre el carácter disponible o no de la materia sobra. Estos esquemas legales se crearon precisamente para proteger un derecho del inversionista contra el uso de potestades públicas que, por definición, no son en principio disponibles. Por tanto si un acto estatal afecta el contenido del contrato, las consecuencias contractuales de ese acto resultan arbitrables.

Como veremos más adelante, en el caso del Perú, existen diversos regímenes de los que puede derivarse un contrato Ley. Sería muy engorroso analizar al detalle cada uno de ellos. Por eso vamos a utilizar uno en particular para explicar el funcionamiento, en términos generales, de este tipo de mecanismos.

Usemos como ejemplo el contrato de concesión para la explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, celebrado entre el Estado Peruano y Lima Airport Partners.

[13] Decisión sobre jurisdicción de 1º de febrero de 2006, en los seguidos por Duke Energy International Perú Investment No. 1, Ltd. c. República del Perú (Caso CIADI ARB/03/28): "31. ...pursuant to the investment laws of Peru, the main features of LSAs are that (i) the stabilized legal regimes cannot be changed unilaterally by the State, and (ii) the agreements are subject to private or civil law and not administrative law. **As private-law contracts, the negotiation, execution, interpretation and enforcement of the provisions set forth in LSAs are subject to the general principles applicable to contracts between private parties under the Peruvian Civil Code. As such, the fundamental rights granted by Peru pursuant to an LSA are private contractual rights that are enforceable against the State as if it were a private party**" La decisión se ubica en: www.investmentclaims.com/decisions/Duke-Jurisdiction.pdf.

Esta también es la opinión generalizada de los expertos peruanos: Antonio Pinilla Cisneros, Los contratos-ley en la legislación peruana, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999, pp. 139-140; Diego Zegarra Valdivia, El Contrato-Ley, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p. 165; y, Jorge Santistevan de Noriega, "Constitución, privatización y servicios públicos: El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú". En: Libro homenaje a Jorge Avendaño, T. I, Javier de Belaunde, Alfredo Bullard, Luis Pizarro y Carlos Soto (Eds.), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 578-588. Manuel de la Puente y Lavalle, El Contrato en General –Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Vol. XI, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 361.

Mediante Decreto Supremo No. 022-2001-EF, el Estado peruano estableció lo siguiente:

“Artículo 1.- El Estado Peruano garantiza, mediante contrato celebrado al amparo del Artículo 1357 del Código Civil, las declaraciones, obligaciones y garantías a su cargo, contenidas en el contrato de concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional ‘Jorge Chávez’, que se celebra con LIMA AIRPORT PARTNERS SRL...”. (el resaltado es nuestro)

Esta garantía se otorgó al amparo del artículo 4 de la Ley No. 26885, debidamente concordado con el artículo 2 del Decreto Ley No. 25570, conforme fuera sustituido por el artículo 6 de la Ley No. 26438, los cuales permiten *“que el Estado otorgue a los titulares de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos incluidas en los alcances del Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, las garantías de las obligaciones, declaraciones y garantías asumidas por el Estado, en el respectivo contrato de concesión”*.

Veamos qué dicen las normas que sirvieron de base al referido Decreto Supremo. El Artículo 6 de la Ley No. 26438, que sustituye el artículo 2 del Decreto Ley N° 25570 establece lo siguiente:

“Artículo 2°.- De acuerdo a lo señalado en el Artículo 1357° del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones en las empresas y entidades del Estado, incluidas en el proceso a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674, bajo cualquiera de sus modalidades previstas por el Artículo 2° de dicha norma, las seguridades y garantías que mediante Decreto Supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente”. (el resaltado es nuestro)

Por su parte el artículo 1357 del Código Civil señala:

“Por ley sustentada en razones de interés social, nacional o público pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley No. 26885 –Aprueban Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos-, señala:

“Artículo 4°.- Son de aplicación a los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas –PROMCEPRI, en lo que sea pertinente, las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 674, sus ampliatorias, complementarias y modificatorias”. (el subrayado es nuestro)

¿Qué significa la aplicación conjunta de todas éstas normas?

En principio el contrato de concesión del aeropuerto sería un contrato administrativo. Pero al establecer la Ley No. 26885 que se le puede aplicar las disposiciones del Decreto Legislativo N° 674 (que originalmente sólo resultaba aplicable a las transferencias de activos de empresas de propiedad del Estado), permite que el Estado pueda otorgar en esos contratos las garantías previstas en el artículo 1357 del Código Civil.

Es por ello que además del contrato de concesión mismo, con el sustento anotado del Decreto Supremo No. 022-2001-EF, se celebró un Contrato de seguridades y garantías que se suscribió el 16 de marzo de 2001, el cual dispone en su artículo 2.1. lo siguiente:

*“Por medio del presente contrato EL ESTADO garantiza a EL CONCESIONARIO las **declaraciones, seguridades, garantías y obligaciones** asumidas por EL CONCEDENTE en el Contrato de Concesión...”. (el subrayado es mío)*

En otras palabras, el contrato de seguridades y garantías convierte el contrato de concesión en contrato ley, y con ello las obligaciones allí asumidas se vuelven verdaderas obligaciones de naturaleza contractual, incluso cuando las mismas se refieren a asuntos regulatorios que pueden ser decididos por un organismo regulador. Bastaría que el contrato contemple o reconozca en su texto un aspecto regulatorio para que pueda interpretarse que el tema regulatorio deberá ser asumido y ejecutado como esta en el contrato, salvo, claro está, que el propio contrato permite su modificación unilateral por el organismo respectivo.

Así, por ejemplo, si un contrato se ha ajustado al marco legal descrito, y por tanto es un contrato ley que establece la fórmula de ajuste de una tarifa, si el regulador (que no suscribe el contrato, pero es parte del Estado peruano) aplica una fórmula diferente a la pactada, estaría vulnerando el contrato.

Por supuesto que la decisión regulatoria es una decisión administrativa y por tanto un acto que no sería de libre disposición. Pero dada la existencia de un contrato ley, el acto del regulador se vuelve una violación contractual privada. Y siendo una vulneración a un contrato privado, estaríamos frente a un tema arbitrable.

Lo mismo ocurriría si el regulador vulnera otros acuerdos, tales como la calificación del tipo de situaciones sujetas a una tarifa, los estándares de calidad contractualmente establecidos o las condiciones que deben cumplirse para dar acceso a un usuario al servicio, las reglas ambientales o de seguridad exigibles, entre muchos otros ejemplos.

En el caso del ejemplo del contrato de concesión del Aeropuerto, estamos frente a dos contratos: el de concesión y el de seguridades y garantías. El ca-

rácter de contrato ley del segundo convierte el contenido del primero en parte del contrato ley, y por tanto su contenido no puede ser modificado ni siquiera por una Ley. Menos aún puede ser modificado o desnaturalizado por un acto administrativo del regulador.

Como bien señala TRELLES:^[14]

*“A modo de ejemplo es posible imaginar un caso en el cual el Estado celebre un **contrato administrativo** por el cual otorgue la **concesión** de cierto servicio público a una persona jurídica y, posteriormente, **celebre un contrato-ley** por el cual establezca que lo estipulado en el contrato de concesión será inmodificable sin el consentimiento de la contratante privado. **En este caso tendríamos dos contratos administrativos, a saber, el contrato de concesión y el contrato-ley. Por el primero el Estado gozaría de poderes tales como el de modificar el contrato y el de resolverlo por motivos de interés público; por el segundo el Estado estaría estableciendo que no podrá hacer uso de tales poderes, con lo cual otorgaría una gran seguridad a los inversionistas. Esta auto limitación del Estado de las prerrogativas que en situaciones normales gozaría no podría ser modificada de modo alguno, salvo con la anuencia del contratante privado, pues estaría bajo la protección del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución**”. (el subrayado es nuestro)*

El Tribunal Constitucional peruano ha avalado este razonamiento que concluye en la renuncia al *ius imperium* estatal:

*“...no existe una limitación [constitucional] para que el Estado, mediante el contrato-ley... extienda las garantías que se derivan de su suscripción..., dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, **a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados**”.*^[15] (el subrayado y agregado son nuestros)

Siguiendo con nuestro ejemplo, el propio Contrato de seguridades y garantías contiene una cláusula arbitral. Esta cláusula señala que en caso de controversia será de aplicación el convenio arbitral contenido en el contrato de

[14] Oscar Trelles Belaunde, “El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos”. En: Themis, Revista de Derecho, No. 44, Lima, 2002.

[15] Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. No. 005-2003-AI/TC -Acción de Inconstitucionalidad iniciada por 64 congresistas de la República contra diversas leyes que permitieron al Estado peruano suscribir con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley.

concesión. En consecuencia cualquier controversia que surja en torno a las seguridades y garantías otorgadas será arbitrable. Y ello porque el contrato dejó de ser administrativo y se convirtió en uno de derecho civil.

De lo señalado se deriva que, por el mérito de un contrato ley:

- a. El Estado renuncia a su *ius imperium* de donde se deriva que lo que en un origen podría no haber sido de libre disposición, es hoy de libre disposición por mandato de la propia ley.
- b. Los términos del contrato solo pueden ser dejados sin efecto o modificados conforme a las reglas del propio contrato. Por tanto el Estado no puede modificar o afectar lo pactado unilateralmente, ni siquiera mediante una ley, y menos por un acto administrativo de un organismo regulador.
- c. Todas las controversias vinculadas al contrato, incluso aquellas que se deriven de una modificación legal, reglamentaria o de un acto administrativo de un organismo público, serán arbitrables, salvo, claro esta, que el propio contrato excluya su arbitrabilidad de manera expresa.

Como ya dijimos el artículo 62 de la Constitución establece que:

“La libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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”. (el subrayado es nuestro)

De la norma claramente se deriva que es posible someter a arbitraje los términos de un contrato, incluido un contrato ley, pues “...pese a su ‘*jus imperium*’, [el Estado peruano queda] sometido a una relación contractual”^[16] de derecho privado. En otros términos, ha sido el propio Estado peruano quien, en ejercicio de su *ius imperium* ha decidido soberanamente mediante el Contrato de seguridades y garantías renunciar a éste y aceptar que las estipulaciones contractuales contenidas en el contrato ley sean de derecho privado y, por lo tanto, plenamente disponibles entre las partes, posibilitando así su acceso a la vía arbitral.^[17]

[16] Manuel de la Puente y Lavalle, El Contrato en General –Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, ob. cit., p. 368.

[17] Guillermo Lohmann Luca de Tena, “Convenios de Estabilidad Jurídica y cláusulas arbitrales”. En: Diálogo con la Jurisprudencia, No. 38, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 20.

En consecuencia, es la Constitución, antes que la Ley de Arbitraje, la que permite arbitrar estas controversias.

En ese sentido la propia Ley de Arbitraje no solo no prohíbe el arbitraje, sino que lo permite cuando en el artículo 2.1. dispone lo siguiente:

“Artículo 2°.- Materias susceptibles de arbitraje.

*1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, **así como aquellas que la ley [o en este el artículo 62 de la Constitución] o los tratados o acuerdos internacionales autoricen**”. (el subrayado y agregado entre corchetes es nuestro)*

Así la Ley de Arbitraje reconoce que son materias arbitrables: a) Aquéllas de libre disposición; y, además, b) aquellas que la ley (y con mayor razón la Constitución) autoricen.

Como bien ha interpretado el Tribunal Constitucional peruano, la relación jurídica de inversión goza de la inmodificabilidad que se genera a partir de la naturaleza jurídica del contrato-ley, inmodificabilidad que no solo alcanza a las cláusulas del contrato mismo, **“sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, [la inmodificabilidad alcanza] tanto [a] la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como [a] las cláusulas de este último”**.^[18]

Por ello la protección dada por el carácter de contrato ley protege al inversionista no solo de la inejecución de alguna obligación específica, sino de cualquier intento, directo o indirecto, de modificar los fundamentos legales del propio contrato, sea mediante un acto legislativo o, incluso, mediante un acto administrativo de naturaleza regulatoria.

“...los convenios de estabilidad suscritos conforme a los Decretos Legislativos N°s 662 y 757 [como también el CONTRATO] tienen expresamente asignada naturaleza civil, y no administrativa. De ello se colige el refuerzo que el legislador quiso otorgarles, abdicando el Estado de todo atributo de imperio que normalmente hubiera tenido como parte de Derecho Público”. Ricardo Vásquez Lazo, “Análisis tributario de los convenios de estabilidad jurídica con relación a las empresas eléctricas”. En: Diálogo con la Jurisprudencia, No. 38, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 27. “...desde el momento en que ese Estado forma parte de un Contrato-Ley se despoja de ciertas atribuciones. Su libre disposición está contenida en dos Decretos Legislativos el 662 y el 757, leyes sobre inversión privada y extranjera, en donde el Estado ha dispuesto dotar a los inversionistas, es decir a la contraparte del contrato-ley, de ciertas garantías, garantías que son de libre disponibilidad del Estado por lo que mal podría decirse que el asunto de controversia carece de libre disponibilidad”.

[18] Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. No. 005-2003-AI/TC -Acción de Inconstitucionalidad iniciada por 64 congresistas de la República contra diversas leyes que permitieron al Estado peruano suscribir con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley.

Es importante anotar que el ejemplo que hemos señalado no es el único mecanismo legal previsto en el ordenamiento para generar los efectos de un contrato ley. Hay otros ejemplos tales como:

1) Los convenios de estabilidad jurídica que el Estado peruano celebra con particulares al amparo de los Decretos Legislativos Nos. 662 y 757.^[19] Mediante estos convenios el Estado peruano estabiliza esencialmente, entre otros, el régimen del impuesto a la renta, el régimen cambiario y de disponibilidad de divisas y el régimen laboral, por un período de tiempo.

2) En el sector de Telecomunicaciones, la Ley No. 26285 -Desmonopolización progresiva de telefonía fija local y de los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional, dispone en su artículo 3 que “[l]os contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley”.

3) En el sector de Hidrocarburos, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos –Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 042-2005-EM, dispone que los “...Contratos, una vez aprobados y suscritos, sólo podrán ser modificados por acuerdo escrito entre las partes. Las modificaciones serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por los Ministros

[19] Artículo 39° del Decreto Legislativo No. 757: “Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes”.

Por su parte, el artículo 24° del Decreto Supremo No. 162-92-EF –Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, establece que: “En mérito a lo prescrito en las normas legales a que se refiere el artículo 1° del presente Decreto Supremo, por medio de los convenios de estabilidad jurídica se otorga excepcionalmente ultractividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio y en tanto se encuentre vigente el mismo, en las materias sobre las cuales se otorga la estabilidad.

La ultractividad a que se refiere el párrafo anterior implica que a quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma sobre las materias y por el plazo previstos en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables”.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. No. 005-2003-AI/TC -Acción de Inconstitucionalidad iniciada por 64 congresistas de la República contra diversas leyes que permitieron al Estado peruano suscribir con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley-: “...como sucede con los denominados contratos-ley, a los que se refiere el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 757... la expresión enfatiza la capacidad del contrato de no ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado. Es decir, subraya la protección que se brinda a ciertos contratos para que éstos no sean modificados unilateralmente”.

de Economía y Finanzas y de Energía y Minas. Los Contratos de licencia, así como los Contratos de Servicio, se rigen por el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del Artículo 1357° del Código Civil.^[20]

4) En el caso de las concesiones reguladas por lo dispuesto en el **Decreto Supremo N° 059-96-PCM** – Texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, resulta aplicable el artículo 6 de la Ley N° 26438, que posibilita que contratos de concesión sean considerados como contratos ley.

Lo importante es entonces tener en cuenta que, si la ley autoriza la arbitrabilidad de materias que en principio no son de libre disposición, esa autorización hace que las materias sean arbitrables. Y en el caso de muchos de los países de la región, el marco legal autoriza a que dicha arbitrabilidad sea posible, con las particularidades que puedan presentarse en cada uno de estos ordenamientos.

VI. CONCLUSIÓN.

La procrastinación es un mal que no solo afecta al ser humano, sino a entidades como el Estado. El autocontrol requiere de algo más que frases hechas y buenas intenciones. Requiere de candados reales, difíciles de romper para un Estado que se levanta por la noche con hambre de comerse al inversión ajena que, durante el día, se había comprometido a respetar.

Afortunadamente, y al margen de las voces que se levantan en contra, el marco legal estableció un esquema de candados sólidos, con fundamento constitucional y sofisticado diseño jurídico, que encuentra en el arbitraje una de sus piezas medulares.

Ya el esquema ha sido sometido al Tribunal Constitucional, el que le ha dado su respaldo. Pero los tiempos anuncian nuevos rounds en los que el “candado del refrigerador” sea sometido a la “comba de la procrastinación” política. Esperemos que el esquema vuelva a salir exitoso. De la solidez de los candados depende que Juan adelgace y que el país reciba la inversión que necesita para desarrollarse.

* * * * *

[20] Según modificatoria introducida por la Ley No. 27377.

ARBITRAJE Y AMPARO

MARIO CASTILLO FREYRE*

RITA SABROSO MINAYA**

SUMARIO: **I.** *Introducción.* **II.** *El caso PROIME – ENAPU: Expediente N.º 4195-2006-PA/TC.* **III.** *El caso CODISA - COFIDE: Expediente N.º 5311-2007-PA/TC. 3.1. Sobre el agotamiento de la vía previa al amparo. 3.2. Sobre la valoración y calificación de los hechos y medios probatorios. 3.3. Sobre la negociación previa al arbitraje.* **IV.** *El caso CRASA - RBC: Expediente N.º 02386-2008-PA/TC.* **V.** *el caso torres arana – marina internacional holding/mía meliá inversiones americanas: expediente N.º 05923-2009-pa/tc.* **VI.** *El caso IVESUR - Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima: Expediente N.º 02851-2010-PA PA/TC.* **VII.** *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

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

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

** Abogada en ejercicio titulada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios en la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial de dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaria Arbitral en procesos Ad Hoc.

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

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

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

Ello, habida cuenta de que el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, además de las normas pertinentes de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo, permitía interpretar que cabía la interposición de demandas de amparo en contra de resoluciones arbitrales.

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

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

A raíz de dicha situación, el propio Tribunal Constitucional —en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC— señaló que debía protegerse la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el *principio de no interferencia*. En efecto, subrayó que los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención

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

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

y/o injerencia de terceros, incluidas las de las autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.^[3]

Es decir, el Tribunal Constitucional subrayó la plena vigencia del principio *kompetenz-kompetenz*, previsto en el artículo 39 de la derogada Ley General de Arbitraje y en el artículo 41 del actual Decreto Legislativo N.º 1071 que regula el Arbitraje, el mismo que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje —mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales—, pretenda convocar la participación de jueces mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil, penal o constitucional.

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

Por otro lado, como sabemos, el Tribunal Constitucional ha señalado en otras oportunidades^[4] que el artículo 139 de la Constitución consagra en su inciso tercero la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza a las partes que, ante su pedido de tutela, el órgano jurisdiccional observe el debido proceso e imparta justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.^[5]

De esta manera, todo tribunal arbitral tiene que estar sometido al control constitucional, por cuanto la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, como lo menciona el Tribunal Constitucional, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionalmente reconocidos.

[3] Fundamentos 12 y 13 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC. Cabe precisar que los fundamentos 8, 11, 14, 17 y 18 también son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

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

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

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

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

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

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

II. EL CASO PROIME – ENAPU: EXPEDIENTE N.º 4195-2006-PA/TC

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

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

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

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

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

Es así que —acertadamente—, el Tribunal Constitucional estableció que «una afectación que no esté contemplada como causal de anulación del laudo, y que, sin embargo, compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos».

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

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

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

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

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

- (iv) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional.
- (v) Quien alega una violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza documental en el que se constata dicha vulneración.

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

III. EL CASO CODISA - COFIDE: EXPEDIENTE N.º 5311-2007-PA/TC

3.1. *Sobre el agotamiento de la vía previa al amparo*

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

Ello, a pesar de que, en el caso materia de análisis, no estábamos frente a una de las excepciones contempladas en la sentencia recaída en el Expediente N.º 4195-2006-PA/TC, en tanto que las supuestas afectaciones^[8] a CODISA sí estaban contempladas dentro de las causales de anulación del laudo.^[9]

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

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

[9] Incluso, de la sentencia se desprende que CODISA sí interpuso el recurso de anulación res-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. *Sobre la negociación previa al arbitraje*

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

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

En otras palabras, de surgir alguna controversia, (i) las partes debían iniciar una etapa de negociación, la cual no podría exceder de treinta días calendario; y (ii) transcurrido dicho plazo, cualquiera podría solicitar el inicio de un arbitraje.

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

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

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

[12] Cita extraída del Fundamento 4 del voto dirimente.

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

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

IV. EL CASO CRASA- RBC: EXPEDIENTE N.º 02386-2008-PA/TC

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

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

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

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

En efecto, cabe precisar que RBC —en su calidad de titular original— cedió en uso a Austral^[14] la autorización contenida en una Resolución Ministerial. Dicha cesión fue aprobada mediante otra Resolución Ministerial, de conformidad con la Ley de Telecomunicaciones, que establece que los derechos otorgados por el Estado (concesiones, autorizaciones, permisos y licencias) son intransferibles, salvo previa autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Entre aquellos derechos que RBC cedió, se encontraban los derechos inmateriales que —mediante el laudo arbitral bajo comentario— se ordenaba sean devueltos a su titular original; devolución que —incluso— fue ratificada por el

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

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

referido Ministerio, mediante una resolución que dejó sin efecto la Resolución Ministerial que inicialmente aprobó la cesión.

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

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

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

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

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

Dentro de tal orden de ideas, coincidimos con el voto singular, cuando afirma que, en el presente caso, se estaba cuestionando la interpretación realizada por el árbitro respecto de normas legales y que de tales interpretaciones no se desprendía un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.^[15]

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

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

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

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

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

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

En todo caso, si CRASA se hubiera perjudicado de alguna manera por la resolución del Contrato de Cesión, la vía pertinente hubiera sido, tal vez, la de reclamar una indemnización por daños y perjuicios en contra de Austral.^[16] Ello, en razón de que el principal argumento de CRASA para su demanda de amparo era que «[...] *el contrato celebrado de manera legal e inobjetable con Austral podría quedar resuelto, además de haber devenido en inejecutable*».

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

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

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

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

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

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

[17] Artículo 78.- «*Consecuencias de la anulación.*»
Anulado el laudo arbitral, se procederá de la siguiente manera:

(...)

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

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

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

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

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

De esta manera, el Tribunal Constitucional afirma que *«si bien la interpretación de la legalidad es función de la justicia ordinaria, en el presente caso este Tribunal considera que dicha regla debe admitir una excepción por cuanto ordenar que la Cuarta Sala Civil de Lima se pronuncie nuevamente sobre la correcta interpretación de la frase mencionada constituye una afectación de los derechos al plazo razonable y a la tutela judicial efectiva, por cuanto (...) han transcurrido más de 8 años y no obtiene respuesta alguna sobre lo pretendido (...)»*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. EL CASO IVESUR - CONSEJO SUPERIOR DE ARBITRAJE
DE LA CAMARA DE COMERCIO DE LIMA:
EXPEDIENTE N.º 02851-2010-PA PA/TC

En el caso bajo comentario, Ivesur interpone demanda de amparo contra los vocales integrantes del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, solicitando se declare nulas y sin efecto —en-

tre otras— la resolución que designó al doctor Jorge Vega Velasco como árbitro —en defecto de Ivesur y de Lidercon S.L.—^[18] en un arbitraje.

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

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

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

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

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

En efecto, el Tribunal Constitucional obvia dicha premisa básica para cualquier análisis de fondo sobre la demanda de amparo y, en lugar de ello, se dedica

[18] En el Fundamento 28 de la sentencia bajo comentario, se señala que el doctor Vega Velasco fue designado en defecto de Ivesur. Sin embargo, se trataría de una designación en defecto no sólo de Ivesur sino también de Lidercon S.L., empresa que también fue demandada por Galashiels S.A. Esto se desprende del Fundamento 30, en donde se indica que el Consejo Superior de Arbitraje estaba encargado «de la designación del árbitro de las codemandadas». Asimismo, en el voto singular del magistrado Urviola Hani, se cita el quinto considerando de la Resolución n.º 0033-2005/CSA-CCANI-CCL, de fecha 29 de marzo de 2005, en el cual se señala lo siguiente:

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

extensamente a analizar si el señor Rey Bustamante tenía o no incompatibilidad para ejercer el cargo de vocal del Consejo Superior de Arbitraje.

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

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

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

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

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

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

Roque Caivano^[19] expresa que los árbitros, en tanto ejercen una verdadera jurisdicción con la misma fuerza que los jueces ordinarios, deben reunir similares cualidades en orden a la imparcialidad e independencia de criterios frente a las partes. Los principios sobre los que deben actuar no surgen muchas veces de preceptos escritos, sino más bien constituyen un conjunto de reglas implícitas o sobreentendidas.

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

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

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

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

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

VII. CONCLUSIONES

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

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

Lima, agosto de 2011.

* * * * *

¿ARMADURA PROPIA O ARMADURA PRESTADA?: LA PROTECCIÓN DEL ARBITRAJE FRENTE A LA INTERVENCIÓN DE LA JUSTICIA ESTATAL

CÉSAR GUZMÁN- BARRÓN SOBREVILLA*
RIGOBERTO ZÚÑIGA MARAVI**

SUMARIO: **I.** *Introducción.* **II.** *Connotaciones de la Sentencia del Exp. N° 6167-2005-PHC/TC.* **III.** *El principio de no interferencia.* **IV.** *Mecanismos de protección naturales del arbitraje.* **V.** *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) recaída en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, en la cual el TC, establece los primeros precedentes vinculantes sobre la naturaleza del arbitraje y el control judicial del mismo, fue apreciada por la comunidad arbitral desde diversos puntos de vista: para algunos era ineludible el reconocimiento jurisdiccional del arbitraje para que de este modo pudiera convivir de forma pacífica con la jurisdicción estatal y de este modo poder mirarla de tú a tú en caso que quisiera interferir en cuestiones relativas a su competencia.

Para otros en cambio, encasillar al arbitraje dentro del concepto de jurisdicción sin tomar en cuenta casi en lo absoluto su génesis contractual expresada en el convenio arbitral, es decir la voluntad de las partes de someterse al arbitraje

* Abogado y Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

** Bachiller egresado en el quinto superior de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente del Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú en temas de arbitraje.

y no a la jurisdicción estatal, era una acción que podría denominarse bien intencionada pero que al ser forzada podría acarrear problemas mayores en el futuro.

Y es que de dicha Sentencia podemos apreciar que son 2 las consecuencias para el arbitraje de ser considerado como jurisdicción:

- La aplicación a la “jurisdicción arbitral” del principio de no interferencia.
- El control constitucional ex-post del laudo arbitral vía demanda de amparo.

Una lectura conjunta de ambas consecuencias podría efectuarse de la siguiente manera: El principio de no interferencia protege a los árbitros, en cuanto ejercen jurisdicción de las intromisiones de la jurisdicción ordinaria en el desarrollo de actuaciones arbitrales, las cuales solo pueden ser cuestionadas luego de la emisión del laudo incluso también vía demanda de amparo, ya que si existe control constitucional de la jurisdicción ordinaria, con mayor razón de la jurisdicción excepcional del arbitraje.

Sin embargo, existe un evidente contrasentido entre ambas consecuencias, ya que si bien el principio de no interferencia blindas las actuaciones de los árbitros durante el desarrollo del arbitraje, es decir evita que el arbitraje se “judicialice”; finalmente a través del amparo la controversia si puede ser judicializada incluso en cuestiones relativas al fondo.

Y es que el control del laudo arbitral vía demanda de amparo, desnaturaliza la existencia del mecanismo de control de laudo arbitral por excelencia: el recurso de anulación, que funciona de manera taxativa y tiene expresamente prohibido avocarse al fondo de la controversia, con lo cual si se respeta la verdadera voluntad de las partes.

El hecho que se permitiera el control del laudo arbitral vía demanda de amparo, resulta a todas luces contrario al deseo de las partes, ya que finalmente ven judicializada su controversia y han sido muchas las ocasiones en las que ha sido el TC y no los árbitros quienes han terminado por resolver controversias que se encontraban sometidas a un convenio arbitral.

Por ende, el único beneficio, de considerar al arbitraje como jurisdicción sería, aparentemente, la aplicación del principio de no interferencia, mientras que la consecuencia nociva sería la legitimación del control constitucional del laudo arbitral; con lo cual no existe una relación costo beneficio óptima.

Entonces, la pregunta que corresponde hacerse es ¿era necesario considerar al arbitraje como jurisdicción para proteger las actuaciones de los árbitros dentro del desarrollo de los procesos arbitrales? Evidentemente que no, como pasamos a explicar.

El arbitraje cuenta con mecanismos propios que sirven para tutelar y hacer efectiva la voluntad de las partes que sean los árbitros quienes resuelvan sus con-

troversias. Y lo mejor es que estos mecanismos propios no partan de la errónea premisa de considerar al arbitraje como jurisdicción, ni que los árbitros desempeñan función jurisdiccional; todo lo contrario, nacen y se fundan en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral, es decir en el origen contractual del arbitraje como mecanismo voluntario de solución de conflictos.

Nos referimos a los efectos del convenio arbitral, el principio Kompetenz-Kompetenz el principio de separabilidad y como colofón de todo esto el control del laudo vía recurso de anulación, los cuales dotan al arbitraje de una protección similar a la del principio de no interferencia, pero con una significativa diferencia: aquellos constituyen una armadura, hecha a la medida de las necesidades de armadura del arbitraje, mientras que el principio de no interferencia es una armadura prestada, con buena intención, pero que al ser ajena no se ajusta a las necesidades de batalla del arbitraje, sino mas bien que lo lastra.

Este lastre se origina porque el principio de no interferencia es un principio pensado para el cuidado de la función jurisdiccional y el aplicarlo al arbitraje da un motivo muy sólido para considerar la actividad de los árbitros como la de los jueces y asimilar los laudos a las sentencias judiciales, siendo justamente el laudo arbitral el pagano de todas estas erróneas consideraciones con el sobre control innecesario al que se le somete vía demanda de amparo, y más aún bajo los mismos criterios como si se tratara de una sentencia judicial.

En este sentido, el presente artículo abordará la importancia que entrañan los efectos del convenio arbitral, el principio Kompetenz- Kompetenz, el principio de separabilidad del convenio arbitral, los efectos del convenio arbitral y el control del laudo arbitral vía recurso de anulación como verdaderos protectores de la autonomía del arbitraje frente a cualquier injerencia de la jurisdicción estatal; y de este modo comprender, que estos mecanismos propios del arbitraje poseen el mismo efecto que la aplicación del principio de no interferencia, por lo cual hubiera sido más sano y natural reconocer dichos principios antes de vestir al arbitraje con una armadura que no es la suya, a pesar de tenerla.

II. CONNOTACIONES DE LA SENTENCIA DEL EXP. N° 6167-2005-PHC/TC

En los considerandos 12, 13 y 14 de esta Sentencia, que son precedentes vinculantes, conforme lo señalado en el considerando 49, el TC señala lo siguiente:

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la 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. (subrayado agregado)

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje –Ley N.° 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional. (subrayado agregado)

14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1° de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5°, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo. (subrayado agregado)

De lo expuesto por el TC en estos considerando podemos apreciar lo siguiente:

- EL TC considera al arbitraje como jurisdicción y es en virtud de dicha consideración que le aplica el principio de no interferencia, que es en palabras del propio TC, *un principio propio de la función jurisdiccional*, a pesar de lo señalado por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la función jurisdiccional.
- El TC entiende que como producto de la aplicación del principio de no interferencia surge implícitamente un reconocimiento al principio del Kompetenz. Kompetenz, al cual considera como una herramienta útil para evitar que una de las partes pueda desvincularse de los efectos del convenio arbitral recurriendo a la jurisdicción estatal, con lo que (i) hace una alusión indirecta al efecto negativo del convenio arbitral, (ii) hace necesario entender como necesario para este propósito el principio de separabilidad y (iii) hace una mención indirecta al efecto negativo del convenio arbitral, (iv) y sobretodo reconoce la equivalencia en las consecuencias de aplicar el principio de no interferencia y el principio del Kompetenz. Kompetenz.
- Finalmente y partiendo nuevamente de la consideración jurisdiccional del arbitraje, el TC reconoce al arbitraje su competencia para resolver las controversias sobre materias disponibles que se hayan sometido a él, reconociendo que el control judicial sobre el laudo es ex-post, luego del agotamiento de la vía previa (recurso de anulación).

III. EL PRINCIPIO DE NO INTERFERENCIA

El principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido, o principio de no interferencia, se infringe, según el fundamento 1 a) de la Sentencia recaída en el Exp. N° 1091-2002/HC/TC (...) *-cuando- por su propia naturaleza, que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y, en su lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera sea su clase.*^[1]

Este principio esta recogido en el artículo 139° inciso 2 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) en donde se establece lo siguiente:

[1] En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01091-2002-HC.html>

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

(...)

2. *La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.* (subrayado agregado)

Nótese que el presente artículo 139° se encuentra destinado a la función jurisdiccional, tal como lo hace patente su inciso 2 al señalar que lo que busca el principio de no interferencia es la independencia del ejercicio de la función jurisdiccional por parte del órgano jurisdiccional.

Pero, ¿Qué debemos entender por función jurisdiccional y por órgano jurisdiccional? La respuesta la encontramos en los artículos 39° y 143° de la Constitución y en el artículo 26° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

Respecto de la función jurisdiccional tenemos que el artículo 39° de la Constitución establece lo siguiente sobre la función pública:

Artículo 39°. *Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.*

Por su parte el artículo 143° establece sobre el Poder Judicial:

Artículo 143°. *El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.*

En este sentido debemos entender que los magistrados y jueces son funcionarios públicos pues cumplen la función pública, valga la redundancia, de administrar justicia a nombre de la nación.

Ahora bien, esta función de administrar justicia a nombre de la nación es cumplida por el Poder Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales, los cuales son, conforme señala el artículo 26° de la LOPJ, los siguientes:

Artículo 26.- Órganos Jurisdiccionales.

Son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial:

- 1.- *La Corte Suprema de Justicia de la República;*
- 2.- *Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales;*
- 3.- *Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las Provincias respectivas;*
- 4.- *Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede; y,*
- 5.- *Los Juzgados de Paz.*

En consecuencia, se aprecia con total nitidez que el principio de no interferencia, al que hace alusión el artículo 139° inciso 2 de la Constitución esta dirigido solamente a los órganos jurisdiccionales a los que hace mención el artículo 26° de la LOPJ, en la medida que ejercen la función pública de administrar justicia a nombre de la Nación, es decir ejercen la función jurisdiccional que les encarga la Constitución.

El arbitraje, ni los Tribunales Arbitrales constituyen órganos jurisdiccionales, no solo debido a que no se encuentran en la lista taxativa del artículo 26° de la LOPJ, sino porque el encargo de administrar justicia que reciben los árbitros no emana del cumplimiento de una función pública encargada por la Constitución, sino de la voluntad de la partes expresada en el convenio arbitral.

De igual opinión es Fernández Rozas quien señala que *“En tanto que las competencias del juez provienen directamente de la ley, el árbitro no ostenta una competencia delegada de la autoridad pública más allá de la habilitación general que las leyes estatales proporcionan a la institución arbitral en abstracto. El árbitro, está limitado, por la voluntad de las partes “.*^[2]

A su turno Lohmann refiere que *“si bien un tribunal arbitral forma parte del sistema constitucional de justicia (...) ciertamente no es uno de los órganos jurisdiccionales (...) que no son otros que los que componen la estructura orgánica del Poder Judicial (artículo 26° de la Ley Orgánica del Poder Judicial- LOPJ), y por eso, un tribunal arbitral no tiene más permanencia que la requerida mientras dure el proceso respectivo, ni participa ni se integra a ninguna jerarquía”*^[3]

De lo expuesto, podemos reafirmar nuestra premisa inicial en el sentido que el principio de no interferencia no es un mecanismo de protección natural

[2] FERNANDEZ ROSAS, José Carlos. “Elementos configuradores de la justicia arbitral”. Revista Internacional de Arbitraje. Julio- Diciembre de 2009.p.152

[3] Lohmann, Guillermo. Interferencia Judicial en los Arbitrajes. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 1, 2005, p.276.

del arbitraje. Y es que las ventajas aparentes de su aplicación no son tales, ya que existen principios y mecanismos propios del arbitraje como ciencia jurídica que cumplen con esta misión de protección de modo más eficiente, sin perder de vista su génesis contractual.

Al respecto, ni la ya derogada Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, (en adelante LGA), ni la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, (en adelante, LA) hacen mención alguna al principio de no interferencia y más, bien abordan la protección del arbitraje frente a la justicia estatal como una consecuencia de la autonomía del arbitraje frente a la justicia estatal.

Es así, que el artículo 4° de la LGA refería lo siguiente:

Artículo 4o.- Intervención del Poder Judicial.- Salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral. (subrayado agregado)

Es decir, que la sola voluntad de las partes es suficiente para zanjar toda posibilidad de intervención judicial en el arbitraje.

Por su parte el artículo 3° de la LA, señala

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.* (subrayado agregado)

Este artículo establece la independencia del Tribunal Arbitral en el desarrollo de las actuaciones arbitrales, pero en base a un principio de especialidad de la norma, es decir que si las partes han recurrido al arbitraje será la norma que regula el arbitraje la que determinará la interrelación entre la justicia estatal y el arbitraje, en cuanto éste es independiente de la función jurisdiccional, por lo que esta independencia y autonomía, a la que hace referencia el precitado artículo 3°, no se funda entonces ni por asomo en la aplicación del principio de no interferencia.

IV. MECANISMOS DE PROTECCION NATURALES DEL ARBITRAJE

Una vez descartado el principio de no interferencia como mecanismo de protección del arbitraje frente a la intervención de la justicia estatal, es turno ahora de abordar aquellos mecanismos o principios propios del derecho de arbitraje que cumplen con esta tarea.

4.1 Los efectos del convenio arbitral

El convenio arbitral es el acuerdo de voluntades por medio del cual las partes someten sus controversias a arbitraje. El consentimiento de las partes expresado en él es lo que determina que el arbitraje sea vinculante para las partes.

Tanto la LGA como la LA han regulado el concepto del convenio arbitral, haciendo ambas normas hincapié en el elemento volitivo que contiene.

El artículo 9º de la LGA, establecía lo siguiente:

Artículo 9o.- Definición de convenio arbitral.- El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial (...) (subrayado agregado)

Por su parte, el artículo 13º de la LA establece:

Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

- 1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. (subrayado agregado)*

Cabe resaltar en que ambas normas se utiliza un lenguaje común para definir al convenio arbitral, como el “acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje”, con lo cual es claro que la voluntad de las partes es la protagonista del convenio arbitral.

En este sentido el convenio arbitral, es definido por Alan Redfern y Martin Hunter como:

“La piedra angular del arbitraje comercial internacional. Registra el consentimiento de las partes de decidir someter sus controversias a arbitraje- un

consentimiento que es indispensable para cualquier proceso de resolución de conflictos fuera de los tribunales nacionales."^[4]

Por su parte María Paula All señala:

"El convenio arbitral, como contrato, obliga a las partes a someterse al arbitraje pactado y acatar la decisión de los árbitros, como pacto procesal, otorga competencia a los árbitros para conocer y decidir la controversia con efectos vinculantes."^[5]

El hecho que las partes hayan consentido someter sus controversias a arbitraje a través del convenio arbitral hace que este opere otorgando competencia a los árbitros, en detrimento de la competencia natural de la justicia estatal. Esto significa que en donde son competentes los árbitros, no pueden ser competentes los jueces.

Es así que el principio de impenetrabilidad de la materia, el cual versa "dos cuerpos no pueden ocupar un mismo espacio al mismo tiempo", podría traducirse términos arbitrales como "la justicia estatal y un tribunal arbitral, no pueden ser competentes para conocer la misma controversia al mismo tiempo". Y el convenio arbitral justamente establece quien es el competente.

El otorgar competencia a los árbitros, es conocido como el efecto positivo del convenio arbitral, mientras que el negar dicha competencia a la justicia estatal es conocido como su efecto negativo.

Sobre el particular, González de Cossio manifiesta:

"El efecto principal del acuerdo arbitral es obligar a las partes a recurrir al arbitraje para resolver todas sus diferencias. La doctrina francesa desdobra este resultado en dos efectos: uno positivo y uno negativo. En términos generales, el efecto positivo consiste en darle jurisdicción al tribunal arbitral. De igual manera, el negativo le impone el deber a los jueces de dejar de conocer la controversia."^[6]

Acerca del efecto negativo del convenio arbitral, explica Hassan Ali Radhi, lo siguiente:

"Uno de los efectos más significativos derivados de la celebración de un acuerdo de arbitraje, ya sea en forma de una cláusula compromisoria incluida

[4] Redfern, Alan & Hunter, Martin. Law and practice of international commercial arbitration. Sweet & Maxwell. P.131

[5] ALL, María Paula. "Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional". DeCita. N° 02. 2004". p. 30

[6] González de Cossio, Francisco. El Acuerdo Arbitral p. 132-133

en un determinado contrato o un acuerdo de arbitraje en la forma de un documento aparte, es la pérdida del derecho de sus partes a recurrir a los tribunales estatales, de esta manera, los tribunales estatales dejan de tener jurisdicción para examinar las controversias sometidas al acuerdo de arbitraje.”^[7]

Dentro de la jurisprudencia constitucional en torno al arbitraje, podemos encontrar una ligera mención al efecto negativo del convenio arbitral en la Sentencia recaída en el Exp. N° **3261-2005-PA/TC**, en cuyo fundamento N° 5 se dijo lo siguiente:

5.
(...)

a) *La decisión de una persona para someter una controversia determinada al conocimiento de un tribunal arbitral (uni o pluripersonal) conlleva una renuncia expresa a que dicha litis sea resuelta a través del órgano constitucional investido por la Constitución para ejercer la potestad jurisdiccional y, por tanto, que su desarrollo se realice con algunas de las garantías formales que integran el derecho al debido proceso.* (Subrayado agregado)

Por ende, podríamos entender a los efectos del convenio arbitral, en especial a su efecto negativo, como la primera pieza de la armadura del arbitraje frente a la intervención de la justicia estatal, ya que funciona como un mandato general que destierra toda competencia del fuero judicial y por ende prohíbe toda injerencia en la competencia de los árbitros. Todo con una única finalidad: velar por la eficacia y cumplimiento del convenio arbitral que tiene por finalidad el que sean los árbitros y no otras personas quienes resuelvan las controversias de las partes.

A partir de dicho entendimiento abordaremos ahora, como es que la doctrina arbitral ha elaborado sus propias armas para salvaguardar los efectos ya mencionados que desencadena el pacto de arbitraje.

4.2 El principio Kompetenz- Kompetenz y el principio de separabilidad del convenio arbitral:

El principio Kompetenz- Kompetenz y el principio de la separabilidad del convenio arbitral, son los mecanismos de protección del convenio arbitral, y de sus efectos, por excelencia. A través de ellos se logra proteger la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje.

[7] Hassan Ali Radhi. Judiciary and arbitration in Bahrain: A historical and analytical study. P.173

Ambos persiguen una tarea común: conservar la competencia de los árbitros pero ante diferentes supuestos. En el caso del Kompetenz. Kompetenz, frente a un cuestionamiento de forma, es decir del propio convenio arbitral, y en el caso del principio de separabilidad ante un cuestionamiento de fondo, es decir ante un cuestionamiento del contrato principal.

En palabras de Silva Romero:

“La aplicación de ambos principios busca en la práctica, proteger la autonomía e independencia de la justicia arbitral con relación a la justicia estatal y, por esta vía, lograr que la justicia arbitral sea verdaderamente eficaz”.^[8]

En este sentido, el artículo 41° de la LA, establece una lectura conjunta de ambos principios.

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. (subrayado agregado)*
- 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. (subrayado agregado)*

Empezaremos por referirnos al principio Kompetenz Kompetenz, ya hemos señalado que los árbitros son, por el efecto positivo del convenio arbitral, los competentes para resolver las controversias sometidas a arbitraje, pero ¿Qué pasaría si alguna de las partes cuestionara esta competencia?

[8] SILVA, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio competence competence. El Contrato de Arbitraje. Legis S.A... Bogotá. 2005.pP.579

Parecería entonces que al no haber consenso respecto de la competencia de los árbitros, alguien más a parte de ellos debería determinarla, con lo cual se asoma la figura de la justicia estatal para cumplir este rol.

Sin embargo de ser este el caso, sería muy sencillo poder escapar de los efectos del convenio arbitral con el simple hecho de cuestionar o no reconocer la competencia de los árbitros se podría judicializar la controversia. Este resultado, en opinión de González de Cossio sería:

“Irónico, además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar, de desear evitar acudir a los tribunales, es necesario acudir a los tribunales para definir la competencia del árbitro”^[9]

Justamente para evitar situaciones como esta es que existe el principio del Kompetenz. Kompetenz., el cual establece una regla de tiempo para que sean los árbitros quienes en primer lugar resuelvan todo lo concerniente a la existencia o validez del convenio arbitral, es decir, decidan si son competentes. La decisión de los árbitros sobre este tema, solamente una vez finalizadas las actuaciones arbitrales y emitido el laudo podrá ser cuestionada, de ser pertinente vía recurso de anulación.^[10]

A todas luces, la mayor ventaja del principio Kompetenz. Kompetenz radica en que evita judicializar una disputa sobre la competencia de los árbitros, lo que en buena cuenta implicaría la paralización del arbitraje hasta que esto se haya decidido y retrasaría de forma muy grave el conocimiento del fondo de la controversia que fue sometida a los árbitros.

Comparte nuestra posición María Paula All, quien manifiesta:

“La consecuencia más importante que se deriva de la Kompetenz Kompetenz, es que el árbitro no debe interrumpir el procedimiento arbitral si se impugna su competencia, ya sea por inexistencia o nulidad del contrato que contiene el convenio arbitral, o porque directamente lo que se esta atacando es la validez de la cláusula misma que le otorga competencia.”^[11]

Asimismo, el principio de Kompetenz Kompetenz permite cumplir con una premisa fundamental para la independencia y autonomía del arbitraje: el control ex post del laudo arbitral, vía recurso de anulación. Y es que toda vez que de no existir el principio Kompetenz. Kompetenz, la intervención judicial para decidir

[9] González de Cossio, Francisco. El Principio Competence Competence Revisitado, En: http://www.camex.com.mx/COMPETENCE_REVISITADA_Final_.pdf p.4

[10] Silva Romero, Eduardo. Breves observaciones sobre el principio Kompetenz Kompetenz. P.580

[11] All, María Paula. Ob Cit. p. 36

la competencia de los árbitros sería una especie de control ex ante del arbitraje, lo cual lo convertiría en un mecanismo inútil de resolución de conflictos pues tardaría demasiado o simplemente nunca se volvería eficaz.

Es así, que el precitado artículo 41° inciso 1 de la LA, debe ser leído conjuntamente con el también ya señalado inciso 4 del artículo 3° de esta misma norma, ya que de este modo se entiende con claridad esta regla de tiempos establecida por el principio Kompetenz. Kompetenz, toda vez que la palabra final sobre la decisión de competencia de los árbitros se decidirá a través de la tramitación del recurso de anulación.

Acercas del principio de separabilidad del convenio arbitral, imaginemos que una de las partes cuestiona, ya no el convenio arbitral, sino la validez, eficacia o existencia del contrato principal que incorpora el convenio arbitral. Si entendiéramos que el convenio arbitral es parte de dicho contrato, los vicios alegados sobre el mismo acarrearían que el convenio arbitral también los padezca, por lo que el laudo que se emita en virtud a un convenio nulo no tendría ningún efecto jurídico, por lo que no faltaría quien alegue que debido a que la nulidad o cualquier vicio del contrato principal son también los convenio arbitral, esta controversia no debe ser sometida a arbitraje sino a la justicia ordinaria.

Para evitar situaciones como la descrita es que el principio de separabilidad, en palabras de Silva Romero:

“Ha sido elaborado con miras a garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o nulidad del contrato principal que comprende el pacto arbitral o al que éste está relacionado no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral (...) y por otra parte la necesidad jurídica de recurrir a la justicia estatal para que resuelva la controversia relativa a la existencia o validez del contrato principal”. [12]

Es participe de esta postura Fernández Rozas, para quien el objetivo del principio de separabilidad es “(...) precisamente, garantizar que el convenio arbitral tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual que es para lo que se pacta.” [13]

De este modo, el principio de separabilidad permite mantener la competencia de los árbitros ante el cuestionamiento de cualquier vicio del contrato principal, en la medida que estos no afectarán al convenio arbitral, por considerarse éste una relación jurídica autónoma.

[12] Silva, Eduardo. Ob Cit. P. 279

[13] Fernández Rozas, José Carlos. El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. En: Estudio de Derecho de Arbitraje. Editorial Jurídica de Chile. p. 715

Actuando conjuntamente ambos principios (Kompetenz Kompetenz y Separabilidad) consiguen hacer los efectos del convenio arbitral puesto que evitan que los árbitros puedan perder su competencia y que la justicia estatal pueda recuperarla en determinadas situaciones.

Estos principios actúan como verdaderos garantes de la independencia y autonomía de la función arbitral en el desarrollo de las actuaciones arbitrales. Una vez finalizadas éstas, entra a tallar la última pieza de la armadura o quizás su mejor arma para velar por la efectividad del convenio arbitral: el control de laudo vía recurso de anulación.

El control del laudo arbitral vía recurso de anulación

Ya hemos señalado que el efecto positivo del convenio arbitral, obliga a las partes a someterse a arbitraje, y en consecuencia las obliga también a cumplir lo establecido en el laudo, ya que de otro modo el arbitraje vendría a ser pura parafernalia sin ningún sentido.

En este sentido, el Artículo 59° de la LA establece lo siguiente:

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.* (subrayado agregado)

El carácter definitivo, inapelable y obligatorio, y la naturaleza de cosa juzgada del laudo tienen su razón de ser en que a través del laudo los árbitros están cumpliendo con la misión que las partes les encomendaron en el convenio arbitral, es decir resolver sus controversias. Partiendo de esto último el laudo podría considerarse como el fin último del convenio arbitral.

A través de este fin último, podemos efectuar una lectura de los efectos del convenio arbitral, afirmando que dichos efectos tienen como misión tutelar por el cumplimiento del convenio arbitral, cumplimiento que finalmente se ve plasmado en el laudo. Toda la maquinaria del arbitraje tiene como producto final al laudo arbitral.

El laudo arbitral es emitido por los árbitros porque este ha sido el deseo de las partes, ellos mismos han decidido someter sus controversias a arbitraje para que sean los árbitros y no los jueces quienes las resuelvan de forma definitiva.

Por ende, el control que se establezca sobre el laudo arbitral debe fundarse en la siguiente premisa: por voluntad de las partes son los árbitros los que deben resolver el fondo de la controversia.

Como señalan Redfern y Hunter

“No corresponde al tribunal (judicial) revisar el laudo en su totalidad. En efecto, esta cuestión reviste especial importancia ya que la Ley Modelo no contiene disposición alguna que permita apelar el laudo arbitral por cuestiones de hecho o de derecho, o revisar la cuestión de fondo: si el tribunal (judicial) es competente, se observa los procedimientos correspondientes y si se respetan las formalidades; no obstante el laudo- bueno malo o regular- es definitivo y vinculante para las partes.”^[14]

El recurso de anulación es regulado por el artículo 62° de la LA, en donde se establece 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. (subrayado agregado)*

En este orden de ideas el control del laudo arbitral a través del recurso de anulación es un mecanismo que garantiza respeto hacia la voluntad de las partes que sean los árbitros quienes finalmente resuelvan sus controversias por dos motivos: únicamente se activa por causales taxativas señaladas en la norma y lo más importante, existe una prohibición legal expresa que a través de su tramitación los jueces puedan pronunciarse sobre aspectos referidos al fondo de la controversia.

De este modo se evita su uso tendencioso y asimismo se logra evitar que sean los jueces y no los árbitros quienes resuelvan el fondo de la controversia.

La relación entre la demanda de amparo y el proceso arbitral ha tenido variados episodios a través de múltiples sentencias, algunas de las cuales mencionaremos brevemente a continuación:^[15]

Exp N° 189-99/AA/TC: El TC establece una errónea analogía entre la función jurisdiccional de los jueces y la labor desempeñada por los árbitros esta-

[14] Redfern, Alan & Hunter, Martin. Ob Cit. P.580

[15] Zúñiga, Rigoberto. Borrando con el codo constitucional lo escrito por el puño legislativo: La concepción del Tribunal Constitucional acerca del arbitraje y del control del laudo arbitral vía demanda de amparo. En: Revista Arbitraje PUCP N° 01, 2011. pp.

bleciendo como premisa que si se puede controlar una sentencia judicial vía amparo, también puede controlarse un laudo arbitral. Asimismo señala que mediante el amparo solo se podrán cuestionar acerca de un laudo arbitral derechos relativos al debido proceso, pero sin descartar el debido proceso en su esfera material.

Exp N° 6167-2005: Basándose en el artículo 5° inciso 4 del Código Procesal Constitucional, el TC establece un doble control del laudo arbitral, primero a través del recurso de anulación, que funciona como vía previa para el amparo, por lo que una vez agotado aquel procede el control constitucional. Este control es escalonado, pues es menester transitar por la anulación para acceder al amparo. Todo esto a pesar que dicho artículo regula explícitamente la procedencia del amparo en contra de sentencias judiciales, por lo cual el TC vuelve a su ya manida analogía de asimilar la labor de los jueces con la de los árbitros y las sentencias a los laudos porque ambos ejercen “función jurisdiccional”.

Exp N° 1567-2005: Reitera el doble control escalonado del laudo arbitral, desconociendo la especialidad del recurso de anulación, postergándolo a un esfuerzo de revisión fútil.

Exp N° 4972-2006: Establece tres supuestos de procedencia del amparo en contra de un laudo arbitral mediante las cuales permite efectuar en sede constitucional un análisis de fondo del laudo y lo peor de todo es que dichas causales de procedencia son calcadas de determinadas causales de anulación por lo cual surge un control repetitivo e ineficiente sobre temas ya debatidos en la anulación.

Exp N° 04195-2006: El TC establece que el control del laudo arbitral vía amparo es extraordinario y subsidiario, por lo cual establece reglas de improcedencia para la demanda de amparo en contra de un laudo arbitral. Las dos primeras se basan en el incumplimiento del control ex post del laudo y del control escalonado. Las siguientes tres no obstante intentan salvaguardar los temas de fondo de la controversia a competencia exclusiva de los árbitros, no llegan a hacer un deslinde claro ante la posibilidad de cuestionar un laudo arbitral alegando la vulneración del debido proceso material, lo cual traería como consecuencia que se puede conocer en sede constitucional el fondo de la controversia.

Exp N° 05311-2007: El TC declara nulo un laudo entrando a valorar aspecto de fondo de la controversia, tales como la apreciación de hecho y de derecho de los árbitros, la motivación de sus fundamentos y sus facultades probatorias. Se relativiza a tal grado la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral, que el TC manifiesta que a pesar de existir un convenio arbitral el TC tiene siempre la “última palabra”.

Vistas todas estas situaciones, resulta pertinente y apropiado saludar a la Sentencia recaída en el Exp N° 00142-2011-AA, toda vez que en su fundamento 20 establece nuevos precedentes de observancia obligatoria que regulan la improcedencia del amparo en contra de un laudo arbitral.

Es así que se establece lo siguiente:

20. De acuerdo con lo indicado líneas arriba y con la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:

Improcedencia del amparo arbitral

- a) *El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 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. (subrayado agregado)*
- 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. (subrayado agregado)*
- 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. (subrayado agregado)*
- 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). (subrayado agregado)*
- 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.*

Resulta muy importante que el TC haya entendido que el recurso de anulación es la “vía satisfactoria” para efectuar del laudo arbitral, puesto que como ya dijimos: tiene causales taxativas de interposición y prohíbe expresamente conocer el fondo de la controversia.

Y es que el recurso de anulación es una vía “igualmente satisfactoria” que el amparo porque debido a la voluntad de las partes que sean los árbitros quienes resuelvan su controversia, el control del laudo arbitral solo puede recaer en el control del debido proceso formal, mas no en el material, ya que ello implicaría analizar la razonabilidad, suficiencia y coherencia de lo decidido por los árbitros.

En este sentido, el recurso de anulación, tal como lo señala la Sentencia, posee una causal específica para el caso de vulneración al debido proceso, (artículo 63° inciso b) de la LA), pero solo en su aspecto material debido a la prohibición de avocarse al fondo de la controversia (artículo 62° inciso 2 de la LA). De este modo el recurso de anulación garantiza de forma eficiente que solo se pueda recurrir a él por vulneraciones referidas al debido proceso formal, lo cual es respetuoso de lo expresado por las partes en el convenio arbitral.

Asimismo, es muy valioso que, a diferencia de lo señalado en la Sentencia del Exp N° 4972-2006, el TC finalmente claudica en su afán de tutelar mediante amparo situaciones que ya son plenamente tuteladas por el recurso de anulación, tales como la inexistencia del convenio arbitral y la inarbitrabilidad de la materia sometida a arbitraje.

En consecuencia consideramos a la Sentencia del Exp N° 00142-2011-AA como un paso fundamental en la adecuada comprensión de la naturaleza privada del arbitraje, pues entiende que no es lo mismo controlar una sentencia que un laudo arbitral y no se esfuerza ya en intentar símil alguno entre la función jurisdiccional de los jueces y la labor de los árbitros.

No obstante ello, lo más valioso es que los efectos prácticos de esta labor de comprensión efectuada por el TC, van a plasmarse en un sistema respetuoso de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes libremente decidieron que sean los árbitros y no los jueces quienes resuelvan sus controversias, ya que al ser la regla general la improcedencia del amparo en contra de un laudo arbitral, salvo excepciones que merecen un estudio aparte, en buena cuenta se esta evitando judicializar en sede constitucional una controversia que debe ser resuelta de forma definitiva única y exclusivamente por el Tribunal Arbitral competente por decisión de las propias partes.

Sin embargo, creemos que resulta aún necesario que el TC en una próxima oportunidad se pronuncie respecto de la importancia del principio Kompetenz-Kompetenz, ya no como una mera derivación del principio de no Interferencia, sino como un principio autónomo que nace en salvaguarda de la autonomía de la voluntad de las partes, que es derecho fundamental recogido por el artículo 2°

inciso 14 y el artículo 62° de la Constitución. Asimismo, en este mismo sentido, debe efectuar similar reconocimiento al principio de separabilidad del convenio arbitral y a los efectos del convenio arbitral, para de este modo descontamina al arbitraje de una calificación jurisdiccional que le resulta forzada.

V. CONCLUSIONES

- El principio de no interferencia esta pensado para tutelar el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual al ser expresión de la función pública, solo es ejercida por los órganos del Poder Judicial, por lo cual su aplicación al arbitraje, si bien es bien intencionada, lo desnaturaliza.
- El arbitraje posee mecanismos de protección propios frente a la jurisdicción estatal, los cual surge a partir del respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes libremente decidieron someter sus controversias a arbitraje.
- En este sentido los efectos del convenio arbitral posibilitan que sean los árbitros y no los jueces quienes tengan competencia para conocer la controversia sometida a arbitraje, ya que por un lado otorgan competencia a los primeros quitándosela a los segundos.
- Por su parte el principio Kompetenz. Kompetenz evita que una controversia sometida a arbitraje termine siendo judicializada por cualquier cuestionamiento al convenio arbitral o a la competencia de los árbitros.
- Asimismo, el principio de separabilidad del Convenio Arbitral, evita que una controversia sometida a arbitraje termine siendo judicializada por cualquier cuestionamiento al contrato que contiene un convenio arbitral, puesto que le otorga vida independiente a este ultimo.
- Si bien tanto los efectos del convenio arbitral y los principios de Kompetenz Kompetenz y separabilidad, evitan que la controversia se vea judicializada hasta la emisión del laudo, es necesario que el control judicial del laudo arbitral no se avoque al fondo de la controversia, pues por decisión de las partes esta es de competencia exclusiva de los árbitros.
- El que se pudiera interponer una demanda de amparo en contra de un laudo arbitral, luego de agotar la vía de anulación, era un modo de judicializar el fondo de la controversia de forma mal intencionada, ya que a través de la tutela del debido proceso material, el TC en algunas ocasiones entro a conocer el fondo de la controversia, dejando sin efecto lo decidido por los árbitros.

- Por tal motivo, la última Sentencia del TC recaída en el Exp N° 00142-2011-AA, al establecer como regla general la improcedencia del amparo en contra de un laudo arbitral es un esfuerzo positivo por garantizar un adecuado respeto a la voluntad de las partes de otorgar competencia a los árbitros para sean ellos quienes de forma exclusiva resuelvan su controversia.
- A pesar de ello, sería muy útil que una próxima sentencia, el TC además se pronuncie sobre los efectos del convenio arbitral, el Principio Kompetenz Kompetenz y el principio de separabilidad, ya no como derivaciones del carácter jurisdiccional del arbitraje, sino como manifestaciones del derecho a la autonomía de la voluntad de las partes, quienes en aplicación del mismo decidieron someter sus controversias a arbitraje y no a la jurisdicción estatal.

SENTIDO DE LA ANULACIÓN DE LAUDO Y DE SU SISTEMA PROBATORIO

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
RAFFO VELÁSQUEZ MELÉNDEZ*

SUMARIO: **I.** *Presentación del tema.* **II.** *Líneas comunes y grises en el recurso de anulación de laudo.* **III.** *Sentido del arbitraje.* **IV.** *Sentido del recurso de anulación del laudo.* **V.** *Necesidad de ponderar las causales del recurso de anulación de laudo.* **VI.** *El recurso de anulación como mecanismo sumarísimo y su prueba.* **VII.** *¿Pruebas de oficio en el recurso de anulación de laudo?* **VIII.** *Algunas aclaraciones y límites en la actuación de pruebas de oficio.*

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Las libertades civiles permiten que los particulares regulen sus propios asuntos, tengan discrecionalidad para decidir las relaciones materiales en asuntos donde estén involucrados sus derechos e interés disponibles, situación que no produce agravio en la comunidad, ni al ordenamiento, sino que más bien asegura una adecuada convivencia.

Desde esa perspectiva, no hay razón para que la participación del Poder Judicial sea inevitable, siendo posible pactar libremente que la solución de controversias referidas a derechos disponibles sea sustraída de la sede judicial, de tal suerte que sean resueltas por terceros designados por las mismas partes. Los particulares acuerdan para ello someter sus eventuales controversias a un arbitraje, donde pueden fijar las reglas que regirán su disputa así como los criterios que se usarán para resolverla –derecho o equidad- y donde, finalmente, se decidirá el conflicto a través de un Laudo.

Pocas dudas hay sobre las ventajas de tal mecanismo, pues es posible que los particulares mismos gestionen la solución de sus controversias sin los inconvenientes de un proceso judicial y se generan además externalidades positivas

* Miembros de Miranda & Amado Abogados.

en el sistema judicial que se ve desembarazado de la carga de trabajo que supondría la resolución del caso.

No obstante, luego de celebrado el convenio arbitral suele ocurrir, ya sea al inicio o al final del arbitraje, que una de las partes en conflicto (la que perdió o prevé un escenario arbitral desfavorable) cambie de opinión y no quiera someterse a la decisión final, tratando para ello de acudir a las instancias judiciales para cuestionarlo.

Si queremos que el Arbitraje sea una real alternativa al Poder Judicial para resolver conflictos y no un simple mecanismo para obtener un consejo, es necesario que la decisión arbitral goce de exigibilidad y eficacia. Por tanto, no debe bastar con la decisión unilateral de una de las partes en desconocer el convenio arbitral que suscribió antes para sortear la eficacia de la decisión, sino que, al contrario, se debe conferir a esa decisión el máximo nivel de protección jurídicamente posible para que sea eficaz, lo que no niega, obviamente, alguna posibilidad de control judicial^[1].

Naturalmente, ese acuerdo de prorroga voluntaria de la competencia de los jueces hacia los árbitros, de ningún modo supone la creación de una burbuja intangible, ni, como decía Morello “un corte entre ambas jurisdicciones [judicial y arbitral]” o una “emancipación de de los árbitros de la tutoría de los jueces”.

Aunque el convenio sea la razón de ser del Arbitraje, no implica –no puede– que las partes renuncian a su derecho a la tutela jurisdiccional, pero sí que, en ejercicio de su derecho a la propiedad, libertad de empresa (o el derecho que corresponda) los futuros litigantes dilaten y limiten el ejercicio de su derecho a la tutela judicial.

El ejercicio de tal derecho se hace viable a través de llamado recurso de anulación de laudo que, como veremos, supone dilatar la tutela jurisdiccional efectiva pues exige esperar al final del arbitraje para activar el control judicial y, además, limita las posibilidades de tutela, dado que la revisión judicial sólo procede por causales taxativamente previstas y no por cualquier injusticia que se invoque.

Como quiera que ningún derecho constitucional es absoluto y, por ende, puede ser delimitado en sus contenidos, asumimos como punto de partida que es legítimo delimitar el ejercicio de tal derecho para asuntos arbitrales. Como contrapartida, no sería legítimo sostener que las partes pueden renunciar previamente al recurso de anulación de laudo, pues ello supondría vaciar de contenido

[1] Señala Punzi que “si las partes quieren, a través del juicio arbitral, poner fin a su controversia confiando la decisión a un tercero, es claro que resulta conforme con su voluntad la eficacia definitiva y vinculante que el ordenamiento reconoce al *dictum* de los árbitros: la posibilidad de poner en discusión sin ningún límite temporal [o de ningún otro tipo] afectaría la idoneidad del laudo para resolver el conflicto de intereses”.

al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sería como crear una zona exenta de control, supuesto proscrito en reiteradas batallas del Tribunal Constitucional (recuérdese los conflictos para revisar las decisiones del Jurado Nacional de Elección, la Academia de la Magistratura y, en su oportunidad, del Poder Judicial).

De lo dicho queda claro que es necesario ratificar al recurso de anulación de laudo como vía de revisión judicial de los Arbitrajes. La cuestión es hasta dónde debe llegar tal control judicial.

II. LÍNEAS COMUNES Y GRISES EN EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

El artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 (“Ley de Arbitraje”) dispone que contra el Laudo procede recurso de anulación que tiene por objeto “la revisión de su validez” por las causales taxativamente previstas en la citada Ley, estando prohibido que en esa vía se emita pronunciamiento “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”.

Muchas discusiones se han tejido sobre los alcances del control judicial del Laudo. Como primer punto, queda fuera de dudas que las cuestiones que no atañen al fondo de la causa sí podrán ser revisadas y dar lugar a la anulación de laudo. Tales cuestiones podríamos clasificarlas, en términos generales, como *vicios de nulidad procedimental* (falta de emplazamiento de una de las partes del arbitraje, indebida composición del tribunal arbitral) o *vicios de nulidad sustantiva* (inexistencia o invalidez del pacto arbitral o materia no arbitrable).

La regulación de causales no hacen sino afirmar la idea de que el legislador busca que se realice una revisión sólo de carácter *rescindente* del Arbitraje, pues a la Sala de la Corte Superior que conozca del recurso de anulación de laudo no le será posible sustituir la decisión de los árbitros, en cuanto al fondo, por la suya propia.

Más allá de este argumento netamente normativo, las dudas surgen al momento de definir si —a pesar de lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley de Arbitraje— el fondo de lo resuelto en el laudo puede ser revisado en sede judicial.

De un lado, se sostiene que no se debe permitir la revisión judicial del fondo del asunto resuelto para no desnaturalizar la finalidad última del arbitraje. Ello porque se dejaría sin efecto el acuerdo contractual que precisamente buscó sustraer la controversia de la sede judicial. Por lo que se postula que sólo se podrían revisar vicios en el trámite del proceso arbitral, pero no los posibles errores en el juicio de los árbitros que dirimieron la causa.

De otro lado, hay quienes sostienen que debido a su carácter jurisdiccional, de medio para administrar de justicia, se debe permitir la revisión de lo decidido en el arbitraje, siendo el principal argumento que todo proceso jurisdiccional está sometido a la Constitución y con ello a los derechos fundamentales (entro otros, al debido proceso). Por tanto, si lo decidido en un Laudo lesiona algún derecho constitucional, debe permitirse el control judicial del fondo de tal decisión, pues de lo contrario se estaría convalidando una decisión inconstitucional.

III. SENTIDO DEL ARBITRAJE.

Hecha esta mención genérica sobre la discusión que existe en torno a cuál debe ser el ámbito de cognición del recurso de anulación de laudo, apelamos a la bondad del lector, para señalar escuetamente por qué consideramos que la primera postura es la más acertada.

Las instituciones jurídicas como el Arbitraje, no son un fin en sí mismo, sino, como enseña Couture, son meras envolturas, bajo las cuales subyacen contenidos profundos y angustiosos que es necesario hacer salir a la superficie. Aunque se diga que el Arbitraje es jurisdicción, es decir, que es un medio para administrar justicia y en cuanto tal que sea necesario controlar la justicia del caso, debemos tener presente la razón que justificó su creación para definir sus alcances. Ello evitará una lectura “formalista” de las instituciones que se crean para ser útiles a un propósito y no para ser encuadradas en un marco general de otras instituciones abstractas.

Las palabras de Pantaleón Prieto nos permiten alejarnos de una lectura formalista del Arbitraje: “¿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 éste propio de una sentencia judicial”.

Visto así, no es muy difícil notar que el interés del Estado frente al Arbitraje no sea el mismo que respecto de las demás vías jurisdiccionales, pues aquí, principalmente, debe facilitar y asegurar que sean los mismos particulares quienes procuren la resolución de sus controversias de manera definitiva y vinculante. Para ello importa tanto asegurar que el arbitraje sea una efectiva manifestación de la autonomía privada, como limitar las posibilidades de que se

revise lo decidido por los árbitros, evitar que la controversia sea interrumpida o trasladada sin más del espacio arbitral a la sede judicial^[2].

La combinación de esos elementos (autonomía de voluntad y solución eficaz) suele llevar a ciertas confusiones innecesarias, pues aunque el Arbitraje surja de un pacto, ello no lo convierte en un tipo de contrato y aunque busque la solución eficaz de controversias, no es posible igualarlo a un proceso judicial, aunque sí a un proceso^[3]. Lo primero explica sólo su fundamento, su esencia, lo segundo en cambio otorga algunas luces sobre su manera de operar, mientras que su finalidad (una decisión eficaz) sugiere superar su valor netamente negocial, para brindar al Laudo una eficacia similar a las sentencias judiciales.

En todo caso, como explican Merino Merchán y Chillón Medina, como quiera que no hay categoría jurídica que lo explique del todo (proceso, contrato, híbrido), se debe entender de una vez que el Arbitraje es una institución autónoma, que el Arbitraje se parece al Arbitraje. Y desde esta perspectiva, no debemos tener parámetros o categorías prefijadas sobre lo que corresponde aplicar en esta materia, sino que debe justificarse cada respuesta según la peculiar naturaleza del arbitraje y lo razonablemente permitido por ley.

Para dicho efecto pueden servir de muchos los esquemas de proceso de Mirjan Damaska, quien establece una relación entre Estado y proceso, pudiendo resumirse en dos modelos. En el *modelo reactivo* al proceso importa

[2] Explica Monroy Palacios que “flaco favor le ha hecho el derecho procesal al arbitraje en su afán por lograr su autonomía a lo largo del siglo XX. En efecto, hoy es imperativo quebrar el centenario dogma que, bajo la autoridad de Giuseppe Chiovenda, equipara, o en todo caso, vincula inexorablemente a la *jurisdicción* con el *proceso*. ¡Es una idea tan perniciosa como generalizada! Ambas categorías pueden coincidir (en el “proceso judicial”, por ejemplo), pero ello no significa que interactúan en todo momento. Mientras la primera evoca una actividad puramente estatal, la segunda tiene un ámbito de actuación que va mucho más allá de la jurisdicción, no se encuentra limitado por la idea de Estado, de ahí la razón de la conocida tesis de Montero Aroca (quien proponía la idea de un “Derecho Jurisdiccional” constatado, 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 (como en los procesos arbitrales), sin que se altere el contenido esencial de cada uno”. Ahora bien, “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”.

[3] Para el Tribunal Constitucional la necesidad de no interferir el trámite de los arbitrajes sino hasta que se haya dictado el Laudo se deriva del hecho que la materia allí discutida versa sobre derechos de carácter disponible, de modo que si las partes decidieron voluntariamente someter su controversia a un arbitraje y sustraerla del ámbito judicial, no puede violentarse las reglas fijadas por la autonomía de la voluntad sino hasta que sean efectivamente cumplidas. Obviamente, aunque no fuera así, si el Tribunal Arbitral en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* ha establecido que sí es competente para conocer la causa, no podrá alegarse que allí se discute una materia indisponible para acudir a la vía judicial sin esperar antes a la emisión del Laudo. Cfr. STC 1567-2006-AA, fd. 14, STC 6149-2006-AA, fd. 15.

más la resolución del conflicto, permitiéndose incluso que las partes acuerden o varíen las reglas del debate procesal que dirimirá su disputa, lo trascendente es que las partes gestionen la solución. El interés del Estado se manifestará en una regulación que asegure una gestión equitativa, en igualdad de armas, sin definir cómo las partes deben solucionar su causa. En cambio, en el *modelo activista* el proceso busca que la decisión no sólo resuelva el conflicto, sino que refleje además la política estatal fijada, tales como el arribo a decisiones más justas. Para dicho efecto la regulación estatal establece qué hacer para alcanzar los objetivos fijados: no basta arribar a una solución, se exige cierto tipo de solución.

Aunque no existen modelos químicamente puros (*reactivos – activos*), los procesos suelen asimilarse en mayor medida a uno u otro, siendo claro que el Arbitraje se asemeja más a un proceso del modelo reactivo, lo que como veremos, influenciará pero no definirá del todo, el modelo bajo el cual se estructura el recurso de anulación de laudo de índole judicial.

En todo caso, como nos recuerda Pantaleón Prieto, en el Arbitraje importa que el proceso sea lo más informal y dispositivo posible en su trámite hasta la decisión final y, una vez procurada ella, que la solución gestionada por las partes que no quisieron llevar su disputa a la vía judicial sea protegida por el Estado ¿Cómo? Limitando la revisión judicial a aspectos ajenos al fondo de la causa, pero que son de tal trascendencia que podrían hacer que el derecho privado que justifica el Arbitraje y que rige la causa sometida a él no se encuadre dentro de los perfiles mínimos del Estado de Derecho.

IV. SENTIDO DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

Como se ha dicho, la finalidad última del arbitraje que es alcanzar la propia solución extrajudicial de un conflicto, lo que se vería desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pueda ser revisada en cuanto al fondo por los órganos judiciales.

De ahí que la regla en los Arbitrajes sea que el fondo de lo resuelto en el laudo no puede ser materia de revisión judicial, que debe ser protegido de revisiones externas adquiriendo una suerte de cosa juzgada.

Eventualmente, ello podría llevar a que se cometan ciertas injusticias al momento de resolver causas arbitrales y que las mismas sean protegidas por la regulación que impide revisar el fondo. No queda más que asumir tal posibilidad, es el costo de la justicia arbitral. Y, en verdad, ningún modelo de proceso está libre de injusticias porque el error puede estar siempre presente, aún en la última instancia.

De algún modo justifica tal posibilidad el Tribunal Constitucional español al señalar que “versando el arbitraje en todo caso sobre materias informadas por el principio dispositivo y teniendo por norte la resolución extrajudicial de conflicto de intereses, libremente acordada, las exigencias del [derecho a la tutela jurisdiccional efectiva] se satisfacen sobradamente con los mecanismos y supuestos previstos en la vigente Ley de Arbitraje, por cuanto aseguran un *mínimum* irrenunciable (...) más allá del cual, por la vía del recurso judicial de fondo, quedaría desnaturalizada la institución del arbitraje” (ATC 231/1994, del 18 de julio).

Complementa Cordón Moreno señalando que asuntos sobre el fondo de la decisión, como las incorrecciones referidas a materia de la legalidad aplicable, no constituyen *mínimos irrenunciables* que afecten los pilares constitucionales, pues, en virtud de la naturaleza del convenio arbitral, están referidos siempre a objetos de libre disposición. De donde se concluye que limitar la revisión judicial del arbitraje de esa forma no hace peligrar su legitimidad constitucional, habida cuenta que, precisamente, las causales de anulación previstas en la Ley de Arbitraje, recogen correcciones para salvaguardar el orden público.

En línea con lo señalado, los artículos 62 y 63 de la Ley de Arbitraje prevén que el laudo sólo podrá ser anulado cuando se alegue y pruebe que concurre alguna de “las causales taxativamente establecidas” en la ley, todas ellas referidas a vicios sustantivos y procedimentales pero no a una revisión del fondo de la decisión. Así tenemos la inexistencia o invalidez del pacto arbitral (artículo 63.1.a), la limitación del derecho de defensa de una de las partes del arbitraje (artículo 63.1.b), la indebida conformación del Tribunal Arbitral (artículo 63.1.c); que la materia resuelta no sea arbitrable (artículo 63.1.d.e.f), o que el laudo no fue dictado en el plazo establecido (artículo 63.1.g).

V. NECESIDAD DE PONDERAR LAS CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

Si bien la Ley de Arbitraje limita la nulidad del laudo sólo a vicios específicos, advierte Carnelutti, que cuando se reduce la anulación a causales específicas, el remedio utilizado amenaza con actuar demasiado o demasiado poco: demasiado, cuando a pesar de concurrir el vicio, el acto no es injusto y muy poco cuando no concurre la causal de nulidad, pero se trata de un acto injusto.

De ahí que no baste con que concurra algunas de las causales de anulación para que el laudo sea invalidado, sino que es necesario además que el vicio denunciado haya desnaturalizado el proceso arbitral. Así, por ejemplo, imaginemos que un Tribunal Arbitral designa un perito y cada parte ofrece su informe

pericial de parte, pero –a pesar del pedido de una de ellas- los árbitros consideraron que por la claridad de la materia no era necesario realizar una Audiencia de Pruebas donde los peritos defiendan sus dictámenes. La parte perdedora en el Laudo decide acudir a un recurso de anulación alegando que se ha lesionado su derecho de defensa, dado que no se le permitió sustentar su posición ante el Tribunal Arbitral (principio de inmediatez).

Es innegable que la restricción a la defensa existe, pero es innegable también que tal limitación no afecta el sentido del fallo arbitral, pues al momento de resolver el Tribunal Arbitral tuvo a la mano las posiciones técnicas de ambas partes y de un tercer perito imparcial, de modo que no existe un vicio con injusticia suficiente que permita anular el laudo.

Como se aprecia, en los casos descritos el remedio (recurso de anulación) amenaza con actuar demasiado porque a pesar de concurrir el vicio el laudo no es injusto. Pero, puede también que el mismo remedio actúe demasiado poco cuando no existe la causal de nulidad establecida en la ley, pero se trata de un acto evidentemente injusto.

Son estas situaciones las que pueden inducir a modular los alcances de las causales de anulación de laudo, sin embargo, hay que tener cuidado en que cualquier modulación en la revisión no abra las puertas a una revisión del fondo del asunto, cuestión que la Ley de Arbitraje se cuida en prohibir.

VI. EL RECURSO DE ANULACIÓN COMO MECANISMO SUMARÍSIMO Y SU PRUEBA

La Corte Suprema española señala que “es consustancial al arbitraje (...) la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de legalidad del acuerdo de arbitraje, de arbitrabilidad –entendida en términos de disponibilidad- de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Para ello (...) se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencia de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal” (Auto del Tribunal Supremo español del 21 de febrero de 2006).

Ello otorga sentido al artículo 64 de la Ley de Arbitraje que regula el trámite del recurso de anulación de laudo, sin prever una etapa probatoria, estableciendo que de inmediato en la demanda y en la contestación de la misma las partes deben ofrecer los medios de prueba de los que piensan valerse, pudiendo ser sólo documentales, es decir medios de pruebas que no requieren actuación.

En efecto, si tomamos en cuenta las palabras de Baptista da Silva: “cada procedimiento crece en razón inversa al grado de evidencia del derecho sometido

do a apreciación judicial”, se entiende que precisamente la exigencia de pruebas documentales (que permiten verificar de inmediato la ocurrencia o no del *hecho afirmado*^[4] por la parte), hace posible que el recurso de anulación de laudo sea un mecanismo de tutela sumarisima.

De ello se puede derivar que **el espíritu del Arbitraje de cerrar de manera rápida la controversia exige que el recurso de anulación tenga también un necesario trámite acelerado**. Desde esa perspectiva, si no se cuenta con medios de pruebas documentales, cuya valoración es rápida y sencilla, se debería resolver el recurso de anulación de laudo, también en forma rápida y sencilla, pues en vía de anulación de laudo, por lo general, los medios de prueba son las mismas actuaciones arbitrales.

Se podría decir entonces que en el recurso de anulación de laudo se necesita de las llamadas *pruebas evidentes*. Si definimos a la *prueba* como el proceso de conocimiento obtenido a partir de la conexión existente entre varios elementos, que permiten al juez *acceptar* una afirmación como verdadera; entonces, la *prueba evidente* se da cuando esa conexión llega a un alto grado (la asociación de datos aparece clara), consecuencia de ello es la mayor rapidez con la cual tiene lugar la aprehensión del hecho a probar^[5].

La *prueba evidente* entonces se caracteriza por la rapidez y seguridad con la que permite tener por demostrado un hecho. Ello no excluye que la *prueba no evidente* pueda generar un grado similar de *aceptación* de un hecho, pero sí

[4] Sobre el *objeto de la prueba* se debe señalar que el mismo no es demostrar los *hechos* de la controversia, sino comprobar las *afirmaciones relacionadas con tales hechos*. MIRANDA ESTRAMPES señala que los hechos no se prueban, pues existen en el mundo exterior con independencia del resultado de la prueba. Lo que en el proceso sí es susceptible de demostración son las *afirmaciones* relacionadas a tales hechos: “La convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones formuladas por una de las partes no conlleva, *per se*, la determinación de la existencia de los hechos sobre los cuales se han realizado tales afirmaciones. De igual modo el no convencimiento del juez acerca de su exactitud no implica necesariamente que el hecho no existió en la realidad (...) Esto nos permite concluir que la prueba procesal no es un proceso de demostración de la existencia o inexistencia de un hecho (...) aspira únicamente a persuadir al Juez de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes”. Desde esta perspectiva encuentra sentido que se predique la verdad/falsedad de los *enunciados descriptivos* sobre hechos, pues los hechos en sí mismos no son verdaderos o falsos, sino que existen o no. Sin perjuicio de tal precisión, **para mayor simplicidad usaremos en forma indistinta los términos hechos y afirmaciones**.

[5] Precisa Brichetti que: “La **prueba no evidente** no nos convence más que después de un proceso de verificación de los hechos más o menos largo y más o menos fatigoso; la **prueba evidente**, en cambio, es la prueba que nos hace saber inmediatamente, que nos convence súbitamente; que refleja, como en un espejo lúcido y terso, la verdad del hecho a probar. La prueba evidente (...) nos presenta la demostración de un hecho de modo tan claro, tan rápido, tan explícito, ya sea en los elementos que lo componen, ya sea en la unidad lógica que lo reúne, que la demostración que de ello nace aparece manifiesta a nuestro intelecto y al mismo tiempo fácil”.

descarta que ello pueda lograrse mediante un razonamiento rápido, requiriéndose por el contrario de un raciocinio de verificación más fatigoso, cuestión que no es posible soportar en la vía del recurso de anulación de laudo que carece de estación probatoria y que exige a las partes ofrecer sólo pruebas preconstituidas.

VII. ¿PRUEBAS DE OFICIO EN EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO?

En resumen, la estructura sumaria del recurso de anulación de laudo obedece a la necesidad de salvaguardar la rapidez en la solución de las controversias, característica propia de los Arbitrajes. Sin embargo, ésta no es la única nota cuya salvaguarda exige el instituto en cuestión, sino que es necesario adoptar todos los medios necesarios para que el Arbitraje respete su esencia misma.

Por ejemplo, alguien podría decir que un Arbitraje es un medio eficaz de solución extrajudicial de controversias y extenderle todas las garantías que corresponden ¿si allí no medió convenio previo o válido?, o ¿si una de las partes no pudo participar en la gestión de la solución esperada según lo acordado, o con igual grado de participación que su contraparte? Creemos que no.

Como quiera que el recurso de anulación de laudo salvaguarda al Arbitraje contra vicios sustanciales y procedimentales cuya entidad podría desfigurar su propio significado, ello podría dar lugar a una excepción a la regla enunciada en el apartado anterior, esto es, a la exigencia de que en el recurso de anulación de laudo se ofrezcan sólo medios de prueba evidente. Tal supuesto ocurriría con las llamadas pruebas de oficio.

Al respecto, se nos podría objetar lo siguiente: Si en un primer momento se defendió que la anulación de laudo debe ser un medio de revisión excepcional para así evitar el peligro de que el Arbitraje no sea un medio eficaz de solución de controversias o que la *litis* sea indebidamente trasladada al ámbito judicial ¿No es un contrasentido que ahora se proponga que en ocasiones se aumenten las posibilidades de actuación de los jueces que conocerán del excepcional recurso de anulación de laudo?

Los mentados peligros surgirían si nos referimos a la posibilidad de revisar el fondo del laudo en sede judicial, supuesto en donde efectivamente es un contrasentido pretender aumentar las potestades de actuaciones del juez. Pero no se puede predicar lo mismo en aquellos casos donde se invocan los vicios taxativos que prevé la Ley, donde se discute la validez misma del Arbitraje. Reiteramos, sólo se abriría la excepcional facultad de actuarse pruebas de oficio cuando el tema a probarse sea una de las causales de anulación prevista en la Ley de Arbitraje.

Y es que la necesidad de asegurar/defender la eficacia del Laudo, tiene como presupuesto que el Arbitraje sea considerado válido.

Son ilustrativas las palabras de Punzi quien señala que “la posibilidad de impugnar el laudo arbitral parece a primera vista colisionar con el objetivo –al menos con uno de los objetivos- por el cual las partes se inclinan a escoger el camino del arbitraje, es decir, ‘el deseo de poner fin a las controversias lo más pronto posible’ y con la elección que han hecho a favor del juicio arbitral, con la correlativa negación a la intervención de los jueces estatal”, pero añade que “bien apreciado el asunto, la previsión por obra del legislador de medios de impugnación contra el laudo arbitral puede ser considerada como el precio a pagar por el reconocimiento de su eficacia, por parte del ordenamiento estatal, como decisión que no proviene de uno de sus jueces”.

No nos quedan dudas que, de ordinario, tales jueces sólo deberán buscar obtener convicción respecto de las *afirmaciones* de las partes en función del material probatorio que aporten las partes pero que se hayan actuado. Por regla general se aplicará las reglas de la carga de la prueba; pero sin impedir que en ocasiones excepcionales se legitime a los jueces disponer la actuación de pruebas de oficio, a fin de acercarse lo más posible a la verdad de los hechos, precisamente, para salvaguardar la justicia del caso concreto y, por ende, el instituto del Arbitraje.

Imaginemos que se formula un recurso de anulación de laudo por “falta de emplazamiento de actuación arbitral alguna”, donde se laudó ordenando que un inmueble sea transferido a una supuesta contraparte. A tal recurso se adjunta sólo el Laudo que obra como título archivado en los Registros Públicos. Abierta la causa, el ahora demandado adjunta los cargos de notificación de las actuaciones arbitrales donde consta la firma de recepción, los cuales el ahora actor desconoce.

Se hace necesaria una pericia que determine si la firma efectivamente corresponde al actor, pero en el recurso de anulación sólo se pueden ofrecer pruebas documentales ¿Se deberá desestimar el recurso? ¿Qué deberían hacer los jueces que conocen del recurso? Creemos que podrían ordenar la actuación de pruebas de oficio para dilucidar dicho punto.

Y es que todos los procesos judiciales (en tanto manejados por un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro), aunque tengan un propósito marcadamente dispositivo, no renuncian del todo a alcanzar soluciones más justas. Como bien señala Picó I Junoy: “En el actual Estado Social y de Derecho, en el que la ‘Justicia’ se configura como el valor superior del ordenamiento jurídico, el juez debe estar comprometido en la justa composición de los litigios, esto es, no puede configurarse como un sujeto inerte, pasivo, sin ningún tipo de iniciativa probatoria”.

Por tanto, una lectura completa de las causales taxativas de anulación de laudo debe decirnos que las mismas serán resueltas por el Estado lo más acorde

posible con los hechos, de manera que se alcance un propósito supraindividual: resolver en justicia la causal invocada. Para dicho efecto se debe reconocer que el juez eventualmente estará arropado con facultades que le permiten acercarse a la verdad de los hechos, si y sólo si, los medios ofrecidos por las partes no logren generarle convicción y siempre que se cumplan con ciertos requisitos que eviten su arbitrariedad y consecuente lesión al debido proceso: uno de ellos es que la fuente de prueba conste en el expediente de modo que el juez solo se preocupe en incorporar al proceso dicha fuente de prueba a través de la actuación de un medio probatorio^[6].

No obstante, no nos quedan dudas que tales ideas en el recurso de anulación de laudo constituyen aún una zona gris, pues, de un lado se debe evitar injerencias excesivas en la decisión arbitral para así asegurar su real eficacia y, de otro lado, no se debe olvidar que en sede judicial gobiernan otros principios, pues, como diría Punzi, se debe pagar el precio por reconocer eficacia al Laudo, situación que validaría un control no pasivo de las causales de anulación taxativamente previstas.

En todo caso, a fin de encontrar equilibrio entre una actitud pasiva o activa de los jueces que revisan el laudo, hacemos nuestra la fórmula que propone Dinamarca, quien señala que se debe “seguir reconociendo la estática judicial como norma general, pero disponer que el juez tome iniciativas probatorias en ciertos casos. Es imposible trazar una línea razonablemente nítida entre el largo campo de la prohibición y los pequeños oasis del activismo, pero algunos criterios razonablemente objetivos existen y son capaces de iluminar la cuestión”.

[6] Para identificar *con qué se ha de probar* en el proceso debemos diferenciar primero entre *fuentes de prueba* y *medios de prueba*. Los primeros son los elementos que existen en la realidad, con independencia del proceso, datos que demostrarían cierta circunstancia o evento; mientras que los *medios de prueba* están constituidos por los instrumentos o actividades que buscan trasladar las *fuentes de prueba* al proceso. Son, por ende, *medios de prueba* tanto el testigo como el perito y *fuentes de prueba* la declaración del primero o el juicio del segundo. Son bastante ilustrativas las palabras de MUÑOZ SABATÉ: “Todo hecho es algo que impresiona o estampa la realidad circundante y que deja como resultado de dicha estampación lo que vulgarmente denominaríamos una huella o rastro. Con ello alcanzamos ya a poder descubrir el modo mediante el cual es posible trasladar y reproducir una realidad a la presencia del juez. En lugar de trasladar el hecho histórico [cuestión materialmente imposible] trasladamos los otros objetos estampados por aquél. El juez no ve la realidad pero ve sus huellas”. De acuerdo a ello, los objetos/sujetos estampados por la realidad o de donde puedan derivarse las huellas de la ocurrencia de un hecho constituyen las *fuentes de prueba*, la manera en que aquellos objetos/sujetos estampados son trasladados al proceso son los *medios de prueba*. La misma distinción sigue nuestro Tribunal Constitucional. Cfr. STC 0003-2005-AI, fd. 128; STC 0010-2002-2002-AI, fd. 160;...

VIII. ALGUNAS ACLARACIONES Y LÍMITES EN LA ACTUACIÓN DE PRUEBAS DE OFICIO

A fin de establecer algunos criterios razonables y objetivos que habiliten la actuación de pruebas de oficio, trataremos de cuidarnos en seguir el marco constitucional, de ser sinceros con respecto a las críticas que formulan quienes cuestionan la posibilidad de actuarse pruebas de oficio (la llamada doctrina garantista del proceso) y de no perder de vista que estamos aquí para revisar asuntos que pueden atañer al fundamento mismo del Arbitraje (el convenio) o a su elemento esencial (el procedimiento). Ello porque la Ley de Arbitraje no prevé la posibilidad de que se actúen pruebas de oficio (regula la opción de revisar causales de oficio, pero eso es una cuestión distinta) y porque la impronta de la regulación procesal civil es bastante limitada en esta materia.

Una de las principales objeciones de los garantistas al otorgamiento de facultades probatorias al juez consiste en el carácter autoritario que ello conlleva. Nos explicamos. Los publicistas sostienen que los procesos civiles cumplen una doble finalidad, una concreta, referida a la resolución de controversias y, una abstracta, que trasciende a los intereses de las partes en conflicto y que, por lo general, se refiere a la realización del principio justicia y/o a la realización del sistema jurídico^[7]. Sobre esta última finalidad se sostiene que uno de los presupuestos para arribar a decisiones justas o para que el sistema sea verdaderamente eficaz es que se haga lo posible por llegar a la verdad de los hechos de la controversia. De esta suerte, la determinación de los hechos no se debería confiar de manera exclusiva a las partes del proceso, sino también al juez, ello a fin de asegurar que la decisión no se funde en hechos falsos o inexistentes, pues con ello no sólo se dictará una decisión injusta, sino que se legitimará la inaplicación o no vigencia de las normas jurídicas pertinentes.

No obstante, no dejan de tener razón las objeciones garantistas cuando refieren que una concepción de esa naturaleza lleva oculta cierto nivel de autoritarismo procesal, pues ¿por qué se debe asumir que un aumento de los poderes del Estado en el proceso (del juez) va a traer como consecuencia necesaria decisiones más justas? ¿Acaso la actividad probatoria de las partes necesariamente es menos eficiente que la del juez como para asegurar también decisiones justas? Se trata sin duda de una presunción a favor del Estado y en contra de la capacidad de los propios litigantes para dilucidar los hechos controvertidos, presunción incompatible con nuestro Estado Constitucional.

[7] A modo de ejemplo, recuérdese que el Artículo III del CPCivil dispone que el proceso civil busca realizar dos finalidades, (i) resolver un conflicto de intereses concreto; y, (ii) lograr la paz social en **justicia**.

Ello no nos debe llevar a abandonar la idea de que los procesos civiles, y también el recurso de anulación de laudo, tienen una finalidad que trasciende a la mera resolución del concreto conflicto de intereses que puede ser realizada a través de la ampliación de los poderes del juez sobre la prueba. Si bien con ello no se asegura una decisión necesariamente más justa o más acertada en cuanto a la aplicación de la norma, sí se asegura *mayores probabilidades* de arribar a un pronunciamiento que se acerque más a la verdad de los hechos y, por ende, a una decisión más justa. A más pruebas, menor margen de error en la determinación de los hechos. Visto así, se advierte que no estamos ante una presunción a favor de la actividad probatoria del juez en la dilucidación de los hechos controvertidos, sino ante un razonamiento objetivo sustentado en términos de menores probabilidades de que se cometan errores en la determinación de los hechos y, viceversa, de mayores probabilidades de que alcanzar decisiones más justas.

El profesor Rawls al analizar la justicia procesal señala que a partir de ella se puede proponer tres modelos. El primero al que denomina *justicia procesal perfecta*, se configura cuando existe un criterio independiente de lo que se considera como una decisión justa y existe un procedimiento diseñado para asegurar que el resultado satisfaga tal criterio. Ejemplifica este caso con la división de un pastel, si se acepta que el resultado justo es que a cada uno le toque partes iguales, entonces el procedimiento para asegurar ese resultado será sencillo: la persona que divida el pastel tomará la última parte, permitiendo a los otros que escojan antes. De este modo, asumiendo que los otros sujetos actúen racionalmente, el encargado no tendría más remedio que dividir en partes iguales el pastel para asegurarse la mayor porción posible. No obstante, es claro que la justicia procesal perfecta es rara, si no imposible. El segundo modelo, llamado *justicia procesal imperfecta*, donde si bien existe un criterio previo e independiente sobre lo que sería una decisión justa, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a ese resultado con seguridad. Tal sucede, por ejemplo, en los procesos penales donde sabemos que es justo condenar al imputado, si y sólo si, ha cometido la infracción que se le imputa, sin embargo, aunque el procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, parece imposible dictar normas jurídicas que conduzcan siempre al resultado correcto, de tal suerte que un inocente puede ser declarado culpable y un culpable puede ser puesto en libertad. El último modelo es el de la *justicia puramente procesal* que se da cuando no hay un criterio independiente para el resultado justo, en su lugar existe un criterio justo o imparcial cuyo trámite aseguraría que el resultado sea igualmente justo. Los juegos de azar pueden ilustrar esa situación, pues allí el resultado del juego será justo si se han seguido las reglas establecidas por el procedimiento. No existe en tal caso un criterio independiente de las propias reglas procesales para evaluar la justicia del resultado.

Como se sabe, los dos últimos modelos de justicia procesal se asemejan claramente a las propuestas de publicistas y garantistas, respectivamente. Mientras unos pretenden incorporar reglas para acercarse, en la mayor medida posible, a la verdad de los hechos y así a la decisión justa, los otros sostienen que el resultado justo del proceso se encuentra ya garantizado si se deja a las partes seguir el procedimiento establecido sin ningún tipo de injerencia de un tercero que podría alterar el resultado ya asegurado por aquél.

Como ya hemos sostenido, y según se acomoda a la estructura del recurso de anulación de laudo, en el juego de asumir una actitud pasiva o activa de los jueces frente a la prueba, el equilibrio debe encontrarse en tener una situación de estática judicial como norma general, pero sin renunciar del todo a que el juez tome iniciativas probatorias en ciertos casos. Esto último derivado de la actual aspiración cultural de nuestra sociedad de que las vías judiciales aseguren en la mayor medida posible decisiones justas.

De manera conectada con lo anterior, los garantistas sostienen también que el otorgamiento de mayores poderes al juez en materia probatoria supone una desconfianza sobre la capacidad de las partes para dilucidar la controversia. Tal vez, tras esa desconfianza se encuentra la antigua idea de que en el proceso civil las partes están casi siempre en posiciones contrapuestas, de modo que sería evidente que al menos una de las dos no dice la verdad. Sin embargo, más allá de que pueda existir tal posibilidad, nuevamente esa presunción ilegítima sobre el proceder de las partes del litigio de ningún modo puede justificar/legitimar todo un entramado de facultades probatorias a favor del juez, más aún teniendo en cuenta que -como bien anota Cipriani “si las partes están en posiciones contrapuestas, no es necesariamente porque una de las dos mienta, sino, más bien, porque cada uno ve las cosas desde su punto de vista y porque el mundo del Derecho es el mundo de la duda”.

Por tal motivo, creemos que la forma de asegurar que no se está legitimando una desconfianza sobre la capacidad de las partes para dilucidar la controversia es disponiéndose que las facultades probatorias de los jueces sólo sean supletorias, es decir, que sólo se legitimaría su uso cuando la fuente de prueba la conozca el juez de la revisión del expediente pero que no ha sido incorporada al mismo a través del respectivo medio de prueba. El juez conoce de la existencia de un testigo pero las partes no ha solicitado su declaración. Creemos que en ese caso el juez podría ordenarla. Pero de ninguna manera si ese testigo es conocido por el juez de la revisión del expediente sino a través de tercero.

De esta suerte, mediante las *prueba de oficio* el juez no realizaría ninguna *averiguación sobre las fuentes de prueba* sino una mera *verificación* de su existencia y la obtención de sus *afirmaciones a través de la correspondiente declaración testifical* para *verificar* las *alegaciones* introducidas por las partes al proceso. La manera como se materializarían sería la siguiente: Son las partes

quienes deben delimitar cuál es el camino que debe recorrer el Juez, debiendo éste ejercer sus facultades probatorias sólo si –con los elementos aportados por las partes- no logra visualizar si el camino que le han indicado es de asfalto, trocha o roca, sin poderse salir del mismo.

Otra línea de ataque de los garantistas es que con las pruebas de oficio se desnaturalizaría o incumpliría el principio de la carga de la prueba, en virtud del cual la parte que no acreditó o no llegó a generar convicción en el juez con sus medios de prueba sobre el o los hechos que le correspondía acreditar, deberá soportar las consecuencias negativas derivadas de su conducta, esto es, la desestimación de sus argumentos^[8]. Cosa que no ocurriría con las pruebas de oficio, pues ante la incertidumbre del juez, no se resuelve de manera desfavorable sobre quien tenía la carga de probar, sino que se actúan mayores pruebas para generar la convicción que las instrumentales del proceso no fueron capaz de generar.

La advertencia de los garantistas nuevamente permite advertir los límites que necesariamente debe tener el ejercicio de las facultades probatorias de oficio del juez.

Al respecto, somos de la opinión que no se puede negar que el aumento de facultades probatorias al juez incide negativamente sobre el principio de carga de prueba, pero no lo desaparece sino que sólo dilata o difiere razonablemente su aplicación.

Para ello debe tenerse en cuenta que el juez podrá ejercer sus facultades probatorias de oficio por una única vez (lo contrario podría dar lugar a una dilación perturbadora del proceso y a una consecuente desnaturalización total de la regla de carga de la prueba). Asimismo, si luego de haberse actuado y corrido traslado a las partes del medio de prueba en cuestión, el juez aún mantiene su incertidumbre sobre los hechos, el juez deberá aplicar indefectiblemente el principio de la carga de la prueba.

Por último, los garantistas sostienen que la actuación de pruebas de oficio por el juez afectaría su imparcialidad, pues con ello se estaría dictando un mandato a fin de favorecer a quien correspondía la carga de acreditar de manera suficiente ciertos hechos. Al respecto, creemos suficiente y bastante certera la

[8] La mejor explicación práctica sobre la esencia de regla de carga de la prueba es la de Barbosa Moreira: “Se parte de la premisa, explícita o implícita, de que el mayor interesado en que el juez se convenza de la veracidad de un hecho es el litigante a quien aprovecha el reconocimiento de él como verdadero, para derivar de allí la afirmación de un efecto jurídico favorable a ese litigante o la negación de un efecto jurídico a él desfavorable. Semejante interés naturalmente estimula a la parte a actuar en el sentido de persuadir al órgano judicial de que el hecho ocurrió –en una palabra: de probarlo. Todo ordenamiento procesal, sean cuales fueran las diferentes filosóficas o políticas que lo inspiren cuentan en larga medida con la eficacia de ese estímulo”.

respuesta que sobre el particular hace el profesor Barbosa Moreira. “El juez no es adivino; no puede saber de antemano a cual de los litigantes será favorable el éxito de la diligencia probatoria (...) Suponiéndose que el juez se torna parcial por ordenar *ex officio* la realización de prueba, beneficiando así a la parte a quien ella resulte favorable, se tendrá lógicamente que entender que *también la omisión en disponer la prueba* compromete la imparcialidad del juez. Es evidente, en efecto, que la falta de la prueba beneficiara a la parte a quien aquella resultaría desfavorable, en caso de que se realizase. Estará el juez, entonces, condenado en cualquier hipótesis a la sospecha de parcialidad. El absurdo de la consecuencia pone al desnudo la falsedad de la premisa”.

* * * * *

¿APUESTA EL PERU POR EL ARBITRAJE?: A PROPÓSITO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES ARBITRALES

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ*

SUMARIO: **I.** *Introducción.* **II.** *La importancia de la sede en el arbitraje internacional: países con excesivas instancias de control de la decisión arbitral y de criterios amplios, son poco atractivos al arbitraje internacional.* **III.** *La necesidad del control de las decisiones arbitrales: algunas condiciones básicas para su comprensión.* **IV.** *El proceso de constitucionalización de los sistemas de administración de justicia.* **V.** *El control constitucional del arbitraje a través del amparo en el Perú.* **VI.** *Algunas situaciones paradójicas presentadas.* **VII.** *La nueva ley de arbitraje peruana y su intento de articulación con el código procesal constitucional.* **VIII.** *A manera de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Se podría afirmar que el acuerdo por el cual dos o más partes deciden que una determinada controversia sea resuelta por un tercero ajeno e imparcial; resulta históricamente una situación previa a la existencia del Estado tal y como lo conocemos hoy. En sociedades temporalmente remotas, la condición de ese tercero podía recaer en el anciano, en el brujo, el jefe de la tribu u otro; pero no necesariamente en un órgano judicial perteneciente a una sociedad estructurada como un Estado más o menos moderno.

Visto así, si concebimos al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias mediante el cual las partes en conflicto deciden que la solución a su disputa la emita un tercero que no forma parte de un órgano judicial perteneciente al Estado, su aparición parece ser temporalmente previa a la concepción misma de éste.

* Abogado, socio de Balbi Consultores Asociados S.A. y de Tafur Asesores y Consultores S.A.C. Profesor del Curso de Arbitraje en la Universidad Particular San Martín de Porres, y del Curso de Contratación del Estado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República.

No obstante, en la actualidad y desde ya hace muchos años, el desarrollo de la institución arbitral no puede ser ajeno al Estado, y es posible afirmar que tampoco puede ser ajeno a la comunidad internacional. En efecto, para que el arbitraje funcione adecuadamente hoy en día se requiere de un claro reconocimiento estatal, pero también de la comunidad internacional en su conjunto.

Con el paso de los años advertimos que (al margen de algunas épocas poco favorable para el desarrollo del arbitraje, bien sea por el protagonismo que han procurado tener los poderes judiciales de los Estados, o por el surgimiento de determinadas doctrinas que limitaron mucho su aplicación para determinados tipos de conflictos^[1]), hoy prácticamente todos los países que pretenden ir acordes con la globalización cuentan con legislaciones modernas de arbitraje (aunque aun no todas sean iguales ya que todavía presentan algunos matices especiales)^[2], a lo que se agrega la existencia de importantes instrumentos internacionales que fomentan el desarrollo de la institución arbitral, siendo el caso más relevante sin temor a equivocarnos la denominada Convención de Nueva York del año 1958.^[3]

Todo ello ha permitido que en la actualidad podamos afirmar que el arbitraje resulta un mecanismo eficiente para la solución de controversias, y sumamente pertinente, por no decir inmejorable, para otras de ellas.

En este sentido, las legislaciones arbitrales de los países no pueden o por lo menos no deben, quedarse a la saga de los cambios y tendencias mundiales en la materia, pero adicionalmente deben articularse necesariamente con los principales instrumentos internacionales que existen sobre el particular, nutriéndose de la experiencia ganada en este ámbito.

Cada vez más estamos acostumbrándonos a ver sin mayor sorpresa situaciones en que dos partes de origen nacional se encuentran vinculadas por un laudo^[4]; o en las que un tribunal arbitral de un tercer país decide sobre una controversia de dos particulares de otros países, o sobre una controversia entre un particular y un Estado de otro país^[5]. Es más, vemos cómo cortes judiciales

[1] Por ejemplo la denominada “Doctrina Calvo”.

[2] En este esfuerzo ha servido de mucho la denominada Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL, que ha sido adoptada en mayor o menor grado por diversos países.

[3] A la fecha, según información de la Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI ó UNCITRAL, en inglés), existen 142 países que han ratificado la Convención de Nueva York, también denominada como Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales.

[4] De hecho en el Perú por ejemplo, ya desde setiembre de 1998 el Estado decidió que las controversias que se derivan de los contratos que celebra bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado se solucionen necesariamente a falta de acuerdo, en la vía arbitral.

[5] Nos referimos aquí esencialmente al denominado “arbitraje de inversiones” que usualmente nos hace pensar en el “arbitraje CIADI”, pero que evidentemente no es el único medio para

de terceros países están cada vez más acostumbradas a ejecutar laudos provenientes de tribunales arbitrales de terceros países (situación que ya se está produciendo incluso respecto de laudo arbitrales peruanos emitidos por Tribunales tanto institucionales como ad-hoc).

En nuestra normativa reciente podemos recordar que en el año 1984 el Código Civil destinó el Título XI de la Sección Segunda del Libro VII a tratar la materia arbitral, el que fue derogado y sustituido por la Ley N° 25935 en el año 1992, como un intento de dar un mayor espacio y profundidad al tratamiento del arbitraje, empero sin mucho éxito real.^[6] No obstante fue a partir de la vigencia de la Ley N° 26572 en el año 1996 en que el desarrollo de la institución arbitral en el país comenzó a dar sus frutos, siendo que en la actualidad desde el 1° de septiembre del 2008 contamos con una nueva Ley de Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071 que ha pretendido con pocos, pero significativos cambios armonizar nuestro sistema arbitral con las soluciones modernas que en el mundo se han venido adoptando a la luz de la experiencia ganada.

En los últimos años, hemos sido testigos en el Perú de un crecimiento exponencial del arbitraje:

- Hemos pasado de un esquema en el cual el Estado era renuente a arbitrar sus conflictos, a una Ley de Arbitraje que en principio como marco general le permite arbitrar sin mayor exigencia y formalidad; e incluso contamos desde hace poco más de una década con una Ley de Contrataciones del Estado^[7] que prevé al arbitraje como el mecanismo heterocompositivo “obligatorio” para la solución de controversias de prácticamente todos los conflictos que se susciten en la ejecución de la inmensidad de contratos que se celebran bajo sus alcances. Se ha impulsado también hace algunos años un sistema de “arbitraje popular” como una respuesta ante la incapacidad material del Poder Judicial para atender todos los conflictos que día a día se le presentan.
- Estamos en un esquema en donde el Estado, con el ánimo de fomentar la captación de inversionistas y en procura del desarrollo del país,^[8] se

solucionar problemas de inversión extranjera, aunque tal vez sí el mas adecuado hasta la fecha

[6] Respecto de los motivos por los que en su momento no tuvo mucho éxito la figura del arbitraje en el Perú, los invito a leer a Fernando Cantuarias Salaverry en su obra “Arbitraje Comercial y de las Inversiones” y podrán advertir, entre otros temas el problema práctico que generaban las figuras de la “cláusula compromisoria” y “el compromiso arbitral”.

[7] Actualmente el Decreto Legislativo No. 1017 y anteriormente la Ley No. 26850 (del año 1998).

[8] Un mundo en el cual el capital es escaso y en el que desde hace varias décadas los países imaginan y crean distintos mecanismos para hacerse atractivos a las inversiones, sobre

ha adherido a una serie de convenios e instrumentos internacionales que terminan contemplado al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, por ejemplo el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (conocido como MIGA)^[9], y el Overseas Private Investment Corporation (OPIC) que habilitan la vía arbitral para la solución de controversias.

- El Perú es también parte del Centro Internacional de arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), ya que mediante la Resolución Legislativa No. 26210 del 10 de julio de 1993^[10] ratificó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, el cual contempla al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Hemos celebrado más de 30 Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones también denominados BITS.^[11] En estos esquemas resulta probable que un inversionista extranjero en el Perú, sin siquiera haber celebrado un convenio arbitral directo con el Estado Peruano, o siquiera un contrato con el Estado Peruano, lo termine emplazando ante un tribunal arbitral internacional por la violación de alguno de sus derechos reconocidos en esos instrumentos.

Obviamente, en este contexto vemos que el arbitraje hoy en el Perú resulta un mecanismo reconocido no sólo para la solución de controversias entre sus particulares, es absolutamente recomendable entre particulares de distintos Estados; además se aplica en las relaciones contractuales con el Estado, y entre nacionales de un Estado contra otros Estado. Es evidente que ello responde, entre otros aspectos, a su característica de poder convertirse en un mecanismo

todo aquellos que históricamente no hemos tenido una clara muestra de independencia de los sistemas judiciales respecto del poder político, de respecto a las reglas preestablecidas y de continuidad de políticas y compromisos asumidos por autoridades precedentes, nos ha obligado a concebir mecanismos tales como: contratos-ley, convenios de estabilidad jurídica, asumir convenciones internacionales que permiten el acceso de los inversionistas a determinadas garantías para la cobertura de riesgos no comerciales, como es el MIGA, entre otros.

[9] Preocupaciones acerca de los entornos de inversión y las percepciones de riesgo político a menudo inhiben la inversión extranjera directa, con la mayoría de los flujos van a un puñado de países y al cese de las economías más pobres del mundo en gran medida ignorado. OMGI aborda estas preocupaciones ofreciendo tres servicios clave: seguro de riesgo político para las inversiones extranjeras en los países en desarrollo, asistencia técnica para mejorar los climas de inversión y promover las oportunidades de inversión en los países en desarrollo, y mediación de conflictos servicios, para eliminar los posibles obstáculos a la inversión futura.

[10] En vigencia desde el 08 de septiembre de 1993.

[11] Para información detallada consultar la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores.

técnico, especializado, imparcial y expeditivo para la solución de determinadas controversias; y como tal constituye una herramienta valiosa para fomentar el desarrollo de un país ávido de inversión, no solo extranjera sino también nacional.

Existen aún muchas situaciones que el arbitraje debe enfrentar, las nuevas tecnologías, los avances en la contratación, en las relaciones comerciales internacionales importan nuevos retos, hablamos hoy de “arbitraje sin convenio”, “arbitraje respecto de partes no suscriptoras del convenio”, etc; ideas que hace algunas décadas parecían impensables, y que poco a poco se van han ido admitiendo. Sin embargo, es imprescindible que quienes finalmente son llamados a evitar los excesos que pudiesen ocurrir en materia arbitral, los jueces y magistrados que van a conocer de los pedidos de anulación de laudo y los procesos constitucionales de amparo, cuenten con el conocimiento adecuado de la materia.

Así, un aspecto trascendental para el desarrollo del arbitraje no sólo está dado por la existencia de una moderna Ley de Arbitraje que regule su funcionamiento, sino también por contar con un coherente sistema de control de las decisiones arbitrales que los Estados siempre han mantenido. En el Perú ese control se ha venido dando a través del sistema de revisión judicial (anulación de laudo) y del control constitucional (acción de amparo). En los últimos 10 años se han emitido pronunciamientos importantes sobre la materia pero muchas veces cambiantes, y creemos que la legislación no ha acompañado necesariamente estas decisiones de tal forma que nos permita contar con un sistema articulado de control.

II. LA IMPORTANCIA DE LA SEDE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: PAISES CON EXCESIVAS INSTANCIAS DE CONTROL DE LA DECISION ARBITRAL Y DE CRITERIOS AMPLIOS, SON POCO ATRACTIVOS AL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Uno de los temas absolutamente importantes en materia arbitral resulta ser la determinación de la sede o lugar del arbitraje. Ello porque su definición va a conllevar por lo general a que, en defecto de acuerdo de las partes, sean las normas del país sede las que regulen supletoriamente el desarrollo del arbitraje, sino además porque también van a determinar sus mecanismos de control y la competencia de sus instancias jurisdiccionales para ejercerlo. Así, un proceso arbitral llevado en la ciudad de Lima, por dos empresas extranjeras, será desarrollado en principio bajo los alcances de la Ley de Arbitraje Peruana, y será el Poder Judicial Peruano quien finalmente asuma competencia para ejercer el control de la decisión arbitral (en lo que se conoce como anulación de laudo),

pero finalmente podría también conocer la materia el Tribunal Constitucional Peruano en vía de un proceso de amparo^[12].

En tal sentido, cuando agentes del comercio internacional acuerdan someter la solución de sus conflictos a un arbitraje, la determinación de la sede resulta absolutamente relevante. Un país que pretenda tener diversas instancias de control del laudo, y maneje criterios absolutamente amplios y localistas para ello, será eventualmente una plaza poco atractiva para el arbitraje.

III. LA NECESIDAD DEL CONTROL DE LAS DECISIONES ARBITRALES: ALGUNAS CONDICIONES BÁSICAS PARA SU COMPRENSION

Un tema absolutamente relevante a toda institución y que garantiza su funcionamiento es el control. Las instituciones sin control caen indefectiblemente en una anarquía, y el arbitraje como institución, no tendría porque ser ajeno a ello. Si alguien preguntase ¿cómo se ejerce el control de las decisiones que se emiten en el arbitraje?, podría afirmar que básicamente ese control se da en tres grandes momentos:

- (i) Al interior del propio proceso arbitral^[13];
- (ii) Luego de la emisión del laudo arbitral, el cual es ejercido por los Tribunales del Estado en donde se dicto el laudo arbitral^[14]; y
- (iii) Al momento de la ejecución, lo que involucra la eventual participación de Poderes Judiciales de otros Estados cuando el laudo es materia de un reconocimiento y ejecución en un Estado diferente a aquel en el cual se emitió^[15].

Sin embargo, una conclusión absolutamente clara es que si las partes en conflicto acordaron someter sus diferendos a arbitraje, ello implica también su

[12] Tal como viene sucediendo a la fecha.

[13] Nos referimos al recurso de reconsideración contra las resoluciones que se emiten en el proceso y que son distintas del laudo arbitral.

[14] Esto involucra también en muchos casos no solo al Poder Judicial en vía de lo que se conoce como procedimiento de “anulación de laudo”; sino a las instancias a cargo del control constitucional (lo cual viene siendo una tendencia cada vez mayor en algunos países de América Latina).

[15] Como se sabe al momento de solicitar el reconocimiento de un laudo extranjero al amparo de la Convención de Nueva York, existe la posibilidad que la parte contra quien se pretende ejecutar el laudo una vez reconocido pueda oponerse al reconocimiento bajo alguna de las causales previstas en la misma Convención.

intención de lograr una solución rápida a su discrepancia (el esquema arbitral –al cual las partes voluntariamente se someten en ejercicio de su autonomía- no está diseñado para permitir –como regla general- una pluralidad de instancias, sino esencialmente una decisión en instancia única)^[16].

Siendo así, obviamente las reglas que se fijan para estos controles deben responder a criterios lógicos y coherentes con la institución que pretenden regular, y por tanto: **(i)** no puede aceptarse que en vía de control se amparen cuestionamientos a supuestos vicios que el mismo solicitante generó; **(ii)** no puede pretenderse que se controle algo que el solicitante aceptó o que no reclamó en su oportunidad; y **(iii)** obviamente el tipo de control no puede versar sobre el fondo de la decisión ya que de lo contrario terminaríamos convirtiendo en una quimera la “instancia única” del arbitraje para terminar en un sistema de pluralidad de instancias. Y éstos, son códigos universales que se suelen respetar de manera internacional.

De todos estos mecanismos de control podemos afirmar que son comunes al sistema arbitral en la mayoría de países (y se suelen manejar más o menos con los mismos parámetros), los controles “intraproceso” y el de “anulación de laudo”; incluso si uno revisa las causales de anulación de laudo arbitral en la legislación comparada, podrá advertir que ellas guardan mucha coherencia con las causales de no reconocimiento de laudo extranjero previstas en la Convención de Nueva York (tal vez el instrumento internacional más importante en materia de arbitraje). No podríamos afirmar lo mismo respecto de los parámetros de control constitucional del laudo arbitral.

En el Perú, creo sin temor a equivocarme que, no obstante el esfuerzo que se ha hecho por dotar de efectividad al sistema arbitral (al que las partes voluntariamente se someten), cada vez más éste se encuentra afectado por decisiones de quienes son llamados a controlar y también porque no decirlo a garantizar su funcionamiento^[17].

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza del arbitraje y si éste se fundamenta en el derecho a la libertad de contratar (teoría contractualista), o si está sustentado en disposiciones de carácter público vinculadas a la administración de justicia en un Estado (teoría publicista); pero a veces en esa discusión se pierde de vista la razón de ser del sistema arbitral.

Estoy seguro que el arbitraje no surge, ni se expande y desarrolla en la época moderna, pretendiendo basarse en una u otra teoría, sino esencial-

[16] Este es uno de los cambios sustanciales efectuados por la actual Ley de Arbitraje Peruana.

[17] El artículo 1° de la Convención de Nueva York, de la cual el Perú es adherente, establece el compromiso del Estado de respetar el acuerdo de las partes de someter sus diferencias a arbitraje. Por tanto compromete al Estado y a sus órganos a garantizar el funcionamiento del Sistema Arbitral.

mente aparece como consecuencia de la necesidad de buscar una solución a los conflictos en una instancia neutral, de manera rápida, expeditiva y especializada, y con mucho mayor razón en el ámbito del comercio internacional^[18], y todo ello se desarrolló de espaldas a los Estados (vale decir sin que el Estado pretenda entrar a controlar permanentemente el sistema en su funcionamiento).

Sin embargo, como suele suceder en nuestros países cuando se advierte que una institución privada funciona de manera más o menos aceptable, esto llama la atención del Estado que hasta ese momento esencialmente ha sido uno de los observadores, y éste pretende cambiar de rol, quiere asumir un mayor protagonismo: de sólo permitir que los privados pacten arbitrajes y garantizarles el reconocimiento de la institución (lo que involucra la ejecutabilidad de sus decisiones), resulta que ahora ve en este mecanismo privado y voluntario, una herramienta válida para paliar su incapacidad y lo pretenden utilizar como herramienta para descomprimir la asfixiante carga judicial y en esa idea buscan su masificación,^[19] incluso se vuelven propensos a someter sus diferendos contractuales a arbitraje. Es en estos escenarios en donde tienen más eco las voces que pretenden indicar que el arbitraje no puede ser sólo visto como una consecuencia del ejercicio de la libertad individual, sino que tiene necesariamente que enmarcarse dentro del orden público constitucional así como aquellas teorías que pretenden darle un carácter más publicista.

A nuestro criterio, el sistema arbitral fundamentalmente nace y se sustenta en la libertad de las partes, y el ejercicio de esa libertad involucra responsabilidad y, la responsabilidad a su vez conlleva a asumir las consecuencias positivas y negativas de nuestros actos. Una parte que pacta arbitraje y no sabe en qué consiste, que designa un árbitro y no sabe si quiera su perfil, definitivamente debe asumir las consecuencias de su irresponsabilidad. Y aquí existe un tema de visión sustancial: una sociedad que pretenda siempre ser excesivamente tutora de sus ciudadanos y que bajo los principios ideales no permite que ellos asuman las consecuencias negativas del ejercicio de su libertad, estará llamada a no prosperar.

El arbitraje no es una institución que haya sido creada para ser uso masivo^[20], el arbitraje no ha sido desarrollado para ser una alternativa pública al sistema de administración de justicia a cargo de los Estados y mucho menos surge con la idea de descomprimir los sistemas judiciales, claro que puede ser-

[18] Ámbito en el cual viene a eliminar el conflicto de competencias jurisdiccionales entre los Estados, en lo que se denomina la figura del “brazo largo de la jurisdicción”.

[19] El denominado “arbitraje popular” es una clara demostración de ello.

[20] Lo que no excluye que finalmente lo pueda ser, si conscientemente la colectividad así lo utiliza.

vir para ello, pero estoy seguro que así no se desarrolló, y menos tratándose del arbitraje internacional. Entonces, cuando pretendemos dar al sistema arbitral esa función masiva, ello va a conllevar que necesariamente entren en el sistema criterios cada vez mas publicistas para su control, y parámetros como el “orden público constitucional” son claro ejemplo de ello.

IV. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA

En los últimos años venimos siendo testigos de la injerencia del control constitucional prácticamente sobre todos los ámbitos de la administración de justicia en el Perú. Una controversia civil, comercial, minera, administrativa, tributaria y hasta electoral, termina en una discusión constitucional, y de ello no se ha escapado el arbitraje. No hay esfera o repartición del sistema de administración de justicia en donde nuestros amigos “constitucionalistas” hayan dejado espacio libre a su intervención, y es que en términos extensivos, prácticamente todo el ordenamiento legal puede vincularse a algún derecho fundamental, y en ese ejercicio creativo los abogados sí que somos especialistas.

En honor a la verdad debemos advertir que esta arremetida del “constitucionalismo” sobre todos los ámbitos del derecho, no es un hecho aislado del Perú; en la región latinoamericana lo mismo ha venido sucediendo en Venezuela, Ecuador, Colombia, entre otros. Un importante trabajo sobre ello ha sido escrito con abundante detalle por el Prof. Alfredo de Jesús en un artículo denominado “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización el arbitraje en América Latina”^[21]

V. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE A TRAVÉS DEL AMPARO EN EL PERÚ

Una de las primeras veces en que se trato con meridiana profundidad por parte del Tribunal Constitucional (TC) el tema del control constitucional del arbitraje en el Perú, es el Caso Pesquera Rodga S.A. [STC 0189-1999-AA, de fecha 16 de febrero de 2000], en el cual se interpone demanda de amparo contra

[21] Publicado en la Revista Lima Arbitration N° 3, 2008-2009.

los miembros de un Tribunal Arbitral y el Centro de Arbitraje. En este caso, el TC señaló que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni inconstitucional, toda vez que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, no existe razón que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita dicho cuestionamiento.

Como señaló el Dr. Ernesto Alvarez Miranda en una ponencia dada en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas hace algunos años refiriéndose a este pronunciamiento: “Aunque los criterios por entonces establecidos respondían directamente al estado de la jurisprudencia del momento en materia de control constitucional de las resoluciones judiciales (vulneración de un derecho procesal con rango constitucional -debido proceso o tutela judicial efectiva-, o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales), se aceptó la posibilidad de habilitar el denominado *amparo arbitral*. Por consiguiente, en dicho modelo, tratándose de una demanda promovida contra una resolución emanada de un procedimiento arbitral “regular” o, lo que es lo mismo, respetuoso del debido proceso y la tutela judicial efectiva, la misma deberá desestimarse.”^[22]

Posteriormente a ello, y tal vez en lo que viene hasta ahora a constituir el pronunciamiento más importante en lo que respecta al Control Constitucional de las decisiones arbitrales en el Perú, encontramos ya en el año 2006, el la STC 6167-2005-PHC (Caso Cantuarias Salaverry), en el cual el Pleno del Tribunal se mostró a favor del control constitucional de las decisiones arbitrales, pero atendiendo los siguientes criterios^[23]:

[22] Este criterio incluso estaba previsto a nivel legislativo en la Ley N.º 27053, de fecha 19 de enero de 1999, que modificando el artículo 6º, inciso 2), de la entonces vigente *Ley de Habeas Corpus y Amparo N.º 23506*, estableció la improcedencia de las acciones de garantía “Contra resolución judicial o arbitral emanadas de procedimiento regular”, lo que *contrario sensu*, significaba que si el procedimiento (sea este judicial o arbitral) devenía en irregular quedaba habilitado el control constitucional.

[23] Es de hacer notar que dicha sentencia se dictó respecto de un proceso que se inició al amparo de la anterior Ley de Habeas Corpus y Amparo – Ley 23506, la cual, a diferencia del actual Código Procesal Constitucional preveía el amparo como una vía paralela –es decir daba la opción al demandante para escoger si frente a la vulneración de un derecho constitucional, interponía una demanda de amparo, o acudía a otra vía, a diferencia del nuevo esquema en donde no existe tal posibilidad sino que el amparo se ha convertido en una vía residual, esto es, solo procederá en caso que no exista otra vía igualmente satisfactoria para proteger el derecho violentado.

- Ratificaba la naturaleza jurisdiccional del arbitraje (ya expresada literalmente en la Constitución Política)
- En tal virtud estableció la no intromisión de cualquier autoridad sobre un proceso arbitral en trámite.
- Ratificó el principio Kompetenz-Kompetez en el arbitraje.
- Pero señaló a su vez, que así como las decisiones judiciales pueden ser objeto de un control constitucional, nada impide que una decisión arbitral pueda ser también materia de un control constitucional si se advierte la violación de derechos fundamentales, empero se estableció que para ello era necesario que se hubiesen agotado las vías previas, cual es para el caso, el recurso apelación^[24] (de ser el caso) y de anulación del laudo arbitral.

Lo interesante es que para llegar a esta conclusión, la sentencia considera que la jurisdicción arbitral, si bien está dotada de garantías de autonomía en su desenvolvimiento, se encuentra vinculada al respeto de los derechos fundamentales, en particular (aunque no exclusivamente), a aquellos que informan el debido proceso.

- Finalmente considera que el control constitucional de los laudos arbitrales procede no solamente si se vulneran los derechos constitucionales, sino también cuando se advierte incumplimiento a la doctrina jurisprudencial vinculante o a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo establecido en los artículo VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Si bien en su momento dicha sentencia fue saludada con júbilo y esperanza por la mayoría de la colectividad arbitral, también es cierto que dejó muchos espacios abiertos para el control constitucional. Así, al asumirse que era posible iniciar un proceso de amparo contra un laudo arbitral por violación de un derecho constitucional, siempre que se haya agotado la vía previa, terminaríamos con casos en los que las partes pueden haber pactado el arbitraje con la intención de buscar una solución rápida a sus conflictos, pero finalmente la parte perdedora interpone apelación de laudo, luego anulación, luego una demanda de amparo en primera instancia, luego una apelación y luego un recurso de agravio constitucional y con ello el resultado será un proceso interminable.

En el Caso Corporación Meier [STC 4972-2006-PA, de fecha 18 de octubre de 2007], el Tribunal volvería a pronunciarse sobre el tema perfilando algunos conceptos respecto de la procedencia del control constitucional de las

[24] Con la Ley General de Arbitraje vigente en esa oportunidad, si las partes no pactaban el carácter inapelable del laudo, el mismo podía ser materia de apelación.

decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral. En tal sentido indica que ello será posible cuando: **(i)** El laudo arbitral vulnera o amenaza la tutela procesal efectiva (dimensiones formal y material); **(ii)** la jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsivamente; y, **(iii)** A pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre la que ha de decidirse, tienen carácter indisponible o no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna.

Otro pronunciamiento importante del Tribunal Constitucional se dio en el Caso Proime [STC 4195-2006-PA, de fecha 10 de abril de 2008], que determina cinco reglas en materia de control sobre la jurisdicción arbitral:

- (i) El amparo no procederá respecto de actuaciones previas a la expedición del laudo, por lo que en tales supuestos habrá que esperar la culminación del proceso arbitral.
- (ii) Deberá agotarse la vía previa tras haber culminado el proceso arbitral, siempre y cuando sean pertinentes los recursos de apelación o anulación.
- (iii) El amparo no procede siempre y cuando se cuestione la interpretación que el Tribunal Arbitral realice en torno a la ley, a menos que con tales interpretaciones se desprenda una vulneración manifiesta a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.
- (iv) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son exclusiva competencia de la jurisdicción arbitral, a menos que se advierta una manifiesta arbitrariedad en dicho proceder.
- (v) Las vulneraciones a los derechos que se alegan producidos deberán acreditarse de manera objetiva y específica, debiéndose precisar en qué ha consistido la denunciada irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.

Posteriormente a dichos pronunciamientos se han emitido otros que basándose fundamentalmente en éstos ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional se involucre a veces en el fondo de la discusión bajo el argumento por ejemplo que una penalidad pactada y reconocida por el Tribunal Arbitral, resultaba excesiva y por tanto violatoria de los derechos constitucionales (STC 5311-2007-AA/TC), o que considere que no es necesario el agotamiento del recurso de anulación de laudo cuando la violación del derecho constitucional violentado, no está expresamente prevista en alguna de las causales de anulación de laudo arbitral (Caso Ivesur, STC 2851-2010-TC/PA.).

VI. ALGUNAS SITUACIONES PARADOGICAS PRESENTADAS

Bajo el esquema anteriormente citado se han presentado casos tales como:

- Iniciado un proceso arbitral y emitido el laudo, luego se interpone un proceso de anulación de laudo. Posteriormente, por el mismo hecho alegado se presenta una demanda de amparo contra la sentencia de la anulación del laudo. Contra la sentencia del amparo se presenta una apelación y luego un recurso de agravio constitucional, y al cabo de 5, 7 y hasta casi 10 años, se dispone que se vuelva a iniciar el proceso arbitral. Esta situación resulta inaudita para quien pacto un arbitraje en busca de una solución rápida a su conflicto.
- Es más incluso en varios de estos casos encontramos que las decisiones del Tribunal Constitucional emitidos en procesos de amparo, se han realizado cuando ya los laudos emitidos en el Perú, han sido reconocidos y hasta ejecutados por instancias judiciales de otros países.
- A ello se agrega otro hecho más curioso, como el que a consecuencia de las modificaciones realizadas para descargar de procesos a la Corte Suprema, se ha decidido que los procesos de amparo que se inicien incluso en contra de resoluciones judiciales (cualquiera que fuere el órgano que lo emitió) sean de conocimiento de los jueces de primera instancia. En materia arbitral, esto significa que un cuestionamiento a una sentencia dictada por una Sala de la Corte Superior, termina siendo resuelta en primera instancia en vía de amparo por un juez especializado en lo constitucional, quien la mayoría de las veces termina siendo un juez civil o un juez mixto (al no existir un juzgado especializado).
- Inclusive se han dado casos en los que ese juez (muchas veces provisional), leyendo exactamente los mismos papeles que fueron leídos por la Sala Superior en un proceso de anulación de laudo, termina resolviendo exactamente lo contrario, actuando en el amparo tal como si fuere una instancia de grado frente a lo resuelto en el proceso de anulación de laudo.^[25]

Obviamente este tipo de situaciones ha generado y viene generando un escenario oscuro en materia de control de las decisiones arbitrales en dónde cualquier cosa puede pasar.

[25] Tal vez el caso donde se ha podido advertir ello en mejor forma es el seguido por la Municipalidad Provincial del Callao contra los vocales de la Segunda Sala Civil del Callao, en el expediente 120-2010-0-0701-JR-CI-02.

VII. LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE PERUANA Y SU INTENTO DE ARTICULACION CON EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

De acuerdo con la Ley N° 23506 (antecesora del Código Procesal Constitucional), el proceso de amparo era esencialmente una vía paralela, es decir, el demandante podía optar si recurría a un proceso de amparo o a alguna otra vía que la ley le franqueaba. Con el Código Procesal Constitucional ello cambió; el amparo se convirtió en una vía residual, pero en ambos esquemas se mantuvo la exigencia del agotamiento de las vías previas.

Al dictarse la actual Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), se pretendió dar nuevamente al arbitraje su característica de mecanismo célere de solución de controversias, se elimina por un lado la figura de la apelación del laudo y por otro se pretende establecer una sola vía para cuestionar cualquier vulneración a un derecho que se produzca en el desarrollo del arbitraje^[26], incluyendo los de carácter constitucional.

En esta medida se estableció en la Duodécima Disposición Complementaria:

“Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional,^[27] se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”.

Lo que se pretende con esta norma parece ser claro: que no exista una cadena interminable de procesos contra lo resuelto en un arbitraje, sino que alguna vez termine la discusión; de tal manera que quien alegue la vulneración de algún derecho constitucional tenga la vía idónea en donde ejercer su derecho.

De la lectura de este artículo, podríamos en principio sacar hasta tres supuestos de interpretación respecto de sus alcances:

- Una primera posibilidad nos llevaría a asumir que existen derechos constitucionales no protegidos por ninguna de las causales de anulación, en cuyo caso, se estará habilitado para iniciar directamente un proceso de amparo sin que sea exigible el proceso de anulación de laudo en forma previa. Esta posición de sustentaría básicamente en

[26] Nos referimos a aquellos que pudiesen estar protegidos por los supuestos de anulación de laudo.

[27] “No proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus”.

la existencia de pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional como por ejemplo en la STC del 16 de noviembre del 2007, Exp. 4195-2006-AA/TC, en donde se indicó que las causales de anulación de laudo son específicas y taxativas y no pueden ser interpretadas extensivamente. Siendo así, el agotamiento del recurso de anulación de laudo no puede ser exigible si estamos frente a la alegación de vulneración de un derecho constitucional que exactamente se enmarque dentro de alguna de las causales de anulación.^[28]

- Una segunda posibilidad pasaría por pretender asumir un criterio de interpretación absolutamente extensivo respecto de las causales de anulación de laudo, a efecto que dentro de ellas se pueda comprender cualquier derecho constitucional cuya vulneración se alegue (obviamente la más relacionada con el derecho invocado). Sin embargo, creemos que esto no sería lo correcto.
- La tercera posibilidad pasaría porque se entienda que lo que hace esta disposición es crear una vía específica para cuestionar cualquier vulneración a un derecho constitucional producida en el curso del arbitraje, independientemente que se enmarque o no dentro de los supuestos de anulación de laudo arbitral regulados en el artículo 63° de la Ley de Arbitraje. En otros términos, esto significa considerar que en realidad en el Perú el día de hoy se puede plantear una anulación de laudo, no sólo por las causales expresamente previstas en el artículo 63° citado, sino por cualquier vulneración a cualquier derecho constitucional que se alegue^[29].

VIII. A MANERA DE CONCLUSION

1. Puede discutirse mucho sobre si debe o no admitirse un mecanismo de control constitucional respecto del sistema arbitral, y fundamentalmente en lo que respecta al arbitraje comercial internacional^[30], empero en el Perú ya se ha trazado un sendero en este sentido y lo que debemos hacer es aprender a cami-

[28] En todo caso es de tener en cuenta que este pronunciamiento se emitió con la anterior Ley General de Arbitraje.

[29] Además de indicar que con ello nos referimos a casos de manifiesta vulneración de un derecho constitucional, como al incumplimiento a la doctrina jurisprudencial vinculante o a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal Constitucional.

[30] Existe un respetable número de autores internacionales que se oponen total y absolutamente al hecho que en el caso de los arbitrajes internacionales (como por ejemplo cuando dos partes de estados diferentes deciden arbitrar su controversia en un tercer estado), se realice un control constitucional de las decisiones arbitrales.

nar en él, sin hacer que el arbitraje pierda una de sus razones de ser, como lo es la celeridad en la solución del conflicto.

2. En tal sentido, lo que se debe procurar es diseñar un esquema legal que respondiendo a la naturaleza y dinámica propia del arbitraje, no contemple un sistema de control que finalmente deje sin sentido a esta institución.

3. Nuestra propuesta parte de interpretar que conforme a lo señalado ya en la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), todo cuestionamiento que se pretenda hacer a un laudo arbitral (y a las actuaciones previas a su emisión) debe hacerse sólo en vía de anulación, aun cuando lo que se alegue sea la vulneración de un derecho constitucional que no se enmarque en ninguna de las causales de anulación previstas en el artículo 63° de la Ley de Arbitraje. Para ello se debe asumir que la aludida disposición complementaria ha extendido la vía del recurso de anulación a todos los supuestos de vulneración de cualquier derecho constitucional.

4. Adicionalmente deberá tenerse en cuenta que lo que se resuelva en ese proceso de anulación, no podrá ser cuestionado bajo ninguna circunstancia en un proceso de amparo, al haberse seguido ya la vía igualmente satisfactoria a que hace referencia el inciso 2 el artículo 5° de Código Procesal Constitucional.

5. Finalmente, y sólo en la medida que en el recurso de anulación haya desestimado la demanda y esta se hubiese basado en la alegación de la vulneración de algún derecho constitucional plenamente identificado en la demanda, se podría acudir en recurso directamente ante el Tribunal Constitucional.

La idea de ello, es que no se de lugar a procesos interminables de acciones de amparo, o de amparos contra resoluciones judiciales que pasen nuevamente por varias instancias, sin tener en cuenta que en el fondo se está conociendo sobre decisiones que ya han sido revisadas en varias instancias (no sólo arbitral, sino incluso judicial) en las que se ha debido ya preferir la norma constitucional.

6. Si en el Perú se ha decidido apostar por el sistema arbitral, entonces hay que hacerlo de manera consecuente, y esto importa que el control que sobre él se pretenda realizar, por lo menos, no genere situaciones de permanente indefinición que lo terminen convirtiendo en una institución que pierda utilidad.

* * * * *

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ARBITRAL*

ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA**
CAROLINA CANALES CAMA***

SUMARIO: **I.** *Presentación.* **II.** *El marco constitucional del arbitraje. La constitucionalización de la jurisdicción arbitral.* **III.** *Evolución del control constitucional sobre la jurisdicción arbitral en la jurisprudencia del tribunal constitucional.* **IV.** *Propuesta de Diseño Constitucional de las relaciones entre jurisdicción arbitral y jurisdicción constitucional.*

I. PRESENTACIÓN

En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción especial en el artículo 139°, inciso 1), de la Constitución de 1993. Sin embargo, el debate en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje es permanente. Incluso el propio Tribunal Constitucional viene experimentado un proceso de perfeccionamiento de los alcances del control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, en una suerte de ensayo y error —*trial and error*— en tanto método de apertura al material normativo constitucional.

Dentro de la jurisprudencia constitucional la afirmación de la legitimidad y alcances de la jurisdicción arbitral estuvo determinada por una primera etapa de reconocimiento del denominado “amparo arbitral” (1999-2006); una segunda

* El presente artículo fue presentado en el marco del *V Congreso Internacional de Arbitraje* (9 de setiembre de 2011), organizado por la Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

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

*** Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Profesora de la Universidad San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Egresada de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP.

etapa consistente en la primera autolimitación del control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral a través del Caso Cantuarias Salaverry (2006-2008); y, finalmente una tercera etapa de confrontación de posiciones de los magistrados en torno a la identificación de la naturaleza del proceso arbitral (del 2008 a la fecha).

Sin duda, la posición que tenga el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza jurídica del arbitraje va a determinar la visión constitucional del mismo. En ese sentido, resulta imprescindible que el supremo intérprete de la Constitución establezca lineamientos claros que eviten que los controles judicial y constitucional en el arbitraje, se conviertan en herramientas para dilatar indebidamente la ejecución del laudo arbitral, en lugar de constituir vías idóneas para la protección de los derechos de los justiciables.

Sobre todo en un contexto, en el cual el arbitraje es percibido con particular interés por los agentes del mercado, así como por los ciudadanos de a pie, interesados en resolver las controversias a las que eventualmente puedan confrontar (civiles, laborales), de manera eficiente, flexible y respetuosa de la voluntad de las partes que libremente a él se someten. El arbitraje aparece atractivo por su grado de reserva y la fundada esperanza que permite cifrar en la rapidez pues, en general, se prefiere acudir a él en una sola instancia^[1].

En ese sentido, el presente artículo busca afirmar una visión constitucional de un fenómeno económico, partiendo del reconocimiento del arbitraje como un proceso que viene siendo democratizado en el marco de los principios y valores de la Constitución económica.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL^[2]

No existe un solo modo de afrontar los conflictos en toda interrelación subjetiva. En ese sentido, si vinculamos los modos con las fuentes de regulación del conflicto y el ámbito de actuación, se configuran dos vertientes: la justicia estatal o la justicia privada. En el primer caso, ubicamos al proceso judicial como un instrumento de solución de conflicto; a diferencia de la justicia privada en la que se recurre al manejo directo del conflicto.

[1] SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Presentación”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N.º 1, Griljey, Lima, 2005, pp. 7-8.

[2] ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y CANALES CAMA, Carolina. “El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de la jurisdicción arbitral”. En: *Panorama Actual del Arbitraje*. Lima: Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, pp. 21-44.

Así, la justicia privada tiene una existencia previa a la configuración constituyente, pues supone privilegiar el ejercicio de la autonomía privada, siempre que este pueda ser sometida a la disposición de sus titulares, como la negociación, la conciliación, la mediación y la transacción, o delegando facultades a un tercero, para que este sea quien resuelva el conflicto a través del procedimiento arbitral^[3]. De allí, que podamos sostener que el arbitraje tiene una naturaleza mixta, pues esencialmente es proyección de la autonomía de la voluntad, que se hace instituto iusfundamental para su mejor garantía, fortaleza y desarrollo.

De allí que, la Constitución de 1993 consagra el principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional en el artículo 139°, inciso 1): “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. En atención a ello, se ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad). De allí que, en sentido estricto, la función jurisdiccional, debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos entre particulares, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término “jurisdicción” para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringe sus mandatos.

No obstante, si bien es la justicia ordinaria la que resuelve los diversos conflictos, se acepta la posibilidad de que por razones de carácter especializado o material puedan existir determinadas variantes de jurisdicción dotadas de independencia. Es dentro de este esquema que encuentra legitimado el militar como fuero especial. El arbitraje es también fuero especial pero no solo por el carácter especializado sino por su propia naturaleza, jurisdiccional en tanto se trata de fortalecer e institucionalizar la autonomía de la voluntad de las partes; de una forma similar al reconocimiento de la justicia nativa, para la preservación de la identidad cultural y los valores comunitarios que le sean propios. Cabe puntualizar que ello no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución, siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva^[4].

[3] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, pp. 25-27.

[4] STC 6167-2005-PHC, de fecha 9 de marzo de 2006, CASO CANTUARIAS SALAVERRY (fundamentos 5 al 7).

En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción^[5] especial, 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 referido artículo 139°, inciso 1).

Sin embargo, el debate en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje es permanente^[6]. 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, desde la comprensión de los principios y valores constitucionales. Lo cual tiene implicancia sobre la fuente misma de legitimación de los árbitros para resolver, de manera definitiva, las controversias sometidas a su conocimiento. En abstracto, esta legitimación proviene de la voluntad general plasmada por el constituyente en las Cartas de 1979 y 1993; mientras que en el marco de una determinada controversia es el principio de autonomía de la voluntad de los privados, previsto en el artículo 2°, inciso 24-a, de la Constitución, el elemento que legitima la intervención de los árbitros en la resolución del conflicto^[7].

Dentro de esta opción mixta o ecléctica, a favor de una naturaleza jurídica propia que conjuga las características de la teoría contractualista y de la teoría jurisdiccionalista del arbitraje^[8], por encontrar cada una de ellas fundamento en el orden marco constitucional. Para el ordenamiento constitucional peruano la legitimación del arbitraje proviene de un acuerdo expreso, es decir, de un contrato celebrado entre las partes y el tercero al que éstas acuden libremente, siendo el objeto del contrato o convenio arbitral la solución de un conflicto determinado; no obstante, la *auctoritas* del árbitro no se agota en un iónico ejercicio de su función que finaliza con el laudo o decisión arbitral, sino que se debe a una auténtica *iuris dictio* que forma parte esencial del orden público constitucional. Especificidad del arbitraje peruano que lo diferencia de otros sis-

[5] Condiciones que definen la potestad jurisdiccional: (i) Conflicto entre las partes; (ii) Interés social en la composición del conflicto; (iii) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial; y, (iv) Aplicación de la ley o integración del Derecho [STC 0023-2003-AI/TC, de fecha 28 de octubre de 2004, CASO JURISDICCIÓN MILITAR (fundamento 13)].

[6] “El arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y, además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones *de* carácter público. Si así fuera, se quebraría el principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo se postula ello” [MONROY PALACIOS, Juan José. “Arbitraje, jurisdicción y proceso”. En: *Arbitraje on line*, Año IV, Número 7, Lima, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2006].

[7] LANDA, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Themis*, N.º 53, Lima, diciembre 2007, p. 31.

[8] CANTUARIAS, Fernando y Manuel ARAMBURÚ. “El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras”. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. 1994. pp. 44-45.

temas jurídicos en los cuales no se puede considerar que el arbitraje es o puede ser una manifestación de potestad jurisdiccional^[9].

Por tanto, es posible concluir que el arbitraje no trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al Derecho privado. De lo cual se desprende que debiendo *prima facie* proteger los intereses de las partes, también se encuentra vinculada al respeto de la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta en el artículo 51° de la Carta Magna. 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 las leyes especiales sobre la materia^[10], sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales.

Todo lo cual determina que la constitucionalización de la jurisdicción arbitral, no debe representar su desnaturalización, ni significar un perjuicio en su desarrollo, o implicar la traslación de los vicios propios de la justicia ordinaria. La importancia de esta consagración a nivel constitucional se deriva en el objetivo de resolver los conflictos patrimoniales con eficiencia y oportunidad, con el respaldo del sistema constitucional para que sus decisiones sean ejecutadas. Es por ello que el constituyente la considera independiente, como una forma de consolidar su importancia a la par de su propia entidad del resto de variantes jurisdiccionales.

III. EVOLUCIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, parte de una lectura iuspublicista de la jurisdicción arbitral, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales^[11].

[9] Por ejemplo, en España a partir de lo señalado en el Título VI de la Constitución, y en concreto el artículo 117.5 [MARÍN GÁMEZ, José Ángel. “Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del Arbitraje. En: *Derecho Privado y Constitución*, Año 16, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero-diciembre 2002, pp. 223-257].

[10] La norma vigente es el *Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el arbitraje*, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de junio de 2008, que en su Única Disposición Derogatoria, dispone que se derogue la *Ley N.º 26572, General de Arbitraje*.

[11] STC 6167-2005-PHC, de fecha 9 de marzo de 2006, CASO CANTUARIAS SALAVERRY (fundamento 11).

3.1. Primera etapa. Reconocimiento del denominado “amparo arbitral” (1999-2006)

En torno a la perspectiva del control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral no es desconocida ni mucho menos reciente para el Tribunal Constitucional. La primera vez que se sometió a discusión es el CASO PESQUERA RODGA S.A. [STC 0189-1999-AA, de fecha 16 de febrero de 2000], en el cual se interpone demanda de amparo contra los miembros de un Tribunal Arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO PERÚ). En aquella oportunidad se dejó establecido que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, no existe razón que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento.

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

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

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

Se encuentra determinada por el CASO CANTUARIAS SALAVERRY [STC 6167-2005-PHC, de fecha 9 de marzo de 2006], en el cual el Pleno del Tribunal se decantará a favor del control constitucional de las decisiones arbitrales, pero atendiendo los siguientes criterios:

- La jurisdicción arbitral, si bien dotada de garantías de autonomía de su desenvolvimiento, se encuentra vinculada a respeto de los derechos fundamentales, en particular (aunque no exclusivamente), a aquellos que informan el debido proceso.
- Puede cuestionarse las decisiones de la jurisdicción arbitral, tanto judicialmente como acudiendo a los procesos constitucionalmente. El control judicial debe ser ejercido *ex post*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo, previstos en la Ley General de Arbitraje^[12]. El control constitucional se sujeta a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, precisándose que si lo que se cuestiona es un laudo que verse sobre materias o derechos de carácter disponible, debe agotarse previamente los recursos que franquea la Ley General de Arbitraje.
- El control constitucional de los laudos arbitrales procede no solamente si se vulneran los derechos constitucionales, sino también cuando se advierte incumplimiento a la doctrina jurisprudencial vinculante o a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo establecido en los artículo VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Posteriormente en el CASO CORPORACIÓN MEIER [STC 4972-2006-PA, de fecha 18 de octubre de 2007], el Tribunal volvería a pronunciarse sobre el tema ampliando algunos conceptos, en torno a la procedencia del control constitucional de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral, cuando: a) El laudo arbitral vulnera o amenaza la tutela procesal efectiva (dimensiones formal y material); b) la jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsivamente; y, c) A pesar de hacerse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre la que ha de decidirse, tienen carácter indisponible o no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna.

Por último, cabe referir el CASO PROIME [STC 4195-2006-PA, de fecha 10 de abril de 2008], que determina cinco reglas en materia de control sobre la jurisdicción arbitral:

[12] Ver nota 10.

- El amparo no procederá respecto de actuaciones previas a la expedición del laudo, por lo que en tales supuestos habrá que esperar la culminación del proceso arbitral.
- Deberá agotarse la vía previa tras haber culminado el proceso arbitral, siempre y cuando sean pertinentes los recursos de apelación o anulación.
- El amparo no procede siempre y cuando se cuestionen las interpretaciones que el Tribunal Arbitral realice en torno a la ley, a menos que con tales interpretaciones se desprenda una vulneración manifiesta a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.
- La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son exclusiva competencia de la jurisdicción arbitral, a menos que se advierta una manifiesta arbitrariedad en dicho proceder.
- Las vulneraciones a los derechos que se alegan producidos deberán acreditarse de manera objetiva y específica, debiéndose precisar en que ha consistido la denunciada irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.

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

En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución, que es un derecho cuyo contenido esencial no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta sobre todo órgano público o privado que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales. Incluso cabe precisar que algunos sectores de la doctrina abordan las garantías que integran este derecho en el concepto de “debido proceso arbitral”^[13].

[13] LANDA, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Themis*, N.º 53, Lima, diciembre 2007, pp. 40-42.

3.3. Tercera etapa. Crisis de identificación de la naturaleza del Proceso arbitral. La etapa confrontacional (del 2008 a la fecha)

Resulta posible identificar como sentencias dilemáticas representativas de este período, en primer lugar el CASO CODISA [STC 5311-2007-PA, de fecha 13 de octubre de 2009], en el cual se interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú contra -CEARCO-, solicitando se declare inaplicable o se deje sin efecto el Laudo de Derecho expedido.

Al respecto, a nuestro entender la materia litigiosa resultaba ser improcedente en la vía del amparo, en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional. Con relación al cuestionamiento de un laudo arbitral, el Tribunal Constitucional había establecido en el CASO PROIME referido, una serie de restricciones procesales a efectos de no convertir el proceso de amparo en una instancia de simple apelación del laudo arbitral. Así, cuando la empresa demandante cuestionaba la aplicación indebida de un Decreto Ley Derogado y que las pruebas aportadas no han sido meritadas en el procedimiento arbitral, en ambos supuestos, estaba cuestionando competencias exclusivas de los árbitros, y que por tanto, no podían ser materia de revisión mediante el proceso de amparo.

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

Referimos también el CASO MELIÁ [STC 5923-2009-PA, de fecha 26 de octubre de 2010], que estableció una posición especialmente controversial del Colegiado. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que la frase “la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes” prevista en el inciso 6) del artículo 78° de la Ley N.º 26572, vigente en el momento en que se inició y resolvió el recurso de anulación, debe ser interpretada en el sentido de que el órgano competente para conocer la pretensión demandada en el proceso arbitral cuyo laudo fue declarado nulo es el Poder Judicial, a través de la Sala que declaró nulo el laudo. Para ello, la Sala deberá fallar en forma inmediata sobre la base de lo actuado en el proceso arbitral hasta el momento anterior a que se emitiera el laudo arbitral, pues lo actuado en dicho proceso conserva plena validez ya que no ha sido declarado nulo y porque en el proceso arbitral las partes han ejercido en forma plena su derecho de defensa.

Al respecto, debemos señalar que esta sentencia ameritó un pronunciamiento de la Cámara de Comercio de Lima, pues se consideró que el Tribunal

Constitucional con esta interpretación de la norma legal podría haber afectado el principio de “juez natural” pues la determinación del órgano judicial competente para conocer una controversia viene preestablecida por normas procesales y no debe ser fijada por una sentencia de manera específica para un caso en particular^[14].

Finalmente, mencionamos el CASO IVESUR [STC 2851-2010-PA, de fecha 18 de mayo de 2011]. En la sentencia de la mayoría se concluye que no le es exigible a la demandante el agotamiento de la vía previa judicial porque los hechos que se cuestionan no están comprendidos en el artículo 73° de la Ley General de Arbitraje. Por lo que el cuestionamiento al Consejo Superior de Arbitraje, por una supuesta infracción de la imparcialidad, es una situación excepcional que no está regulada y por ello no le es exigible a IVESUR S.A. el agotamiento de la vía previa.

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

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

Así, el modelo de control constitucional arbitral actualmente diseñado por la mayoría del Tribunal Constitucional, no parece haber afianzado la residualidad en la configuración del amparo recogida en el modelo del Código Procesal Constitucional. Lo que implica el equívoco de reconducir al arbitraje a una instancia dentro de un proceso, que sólo se ve consolidado con la resolución judicial recaída en vía de anulación

[14] Esta situación motivó un encuentro de trabajo entre los magistrados del Tribunal Constitucional y algunos asesores jurisdiccionales, con un grupo de árbitros de singular relevancia, a efectos de consolidar un diálogo interinstitucional. Posteriormente, a este espacio de diálogo, el Pleno del Tribunal Constitucional tomó debida nota de las observaciones planteadas, las mismas que han motivado a su vez la apertura de un debate interno con la finalidad de acordar la elaboración de un precedente constitucional en la materia.

Por todo ello, colocamos nuestros esfuerzos académicos en la necesidad de inaugurar una siguiente etapa en la jurisprudencia constitucional respecto a la afortunada evolución de la institución del arbitraje como mecanismo eficaz para la solución de conflictos. Que supone, el derrotero de superar incluso el criterio establecido en el CASO CANTUARIAS SALAVERRY^[15] en torno la procedencia del amparo arbitral condicionado al agotamiento de las vías previas,

“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 5º, 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.” (fundamento 14)

De esta forma, se hace imperativo dar el siguiente paso y pacificar las posturas discordantes al interior del Tribunal Constitucional, que permitan garantizar el estricto respeto procesal a la naturaleza del amparo como un mecanismo corrector excepcional; y con ello, tutelar la seguridad jurídica, componente vital en la existencia de todo Estado constitucional de Derecho.

IV. PROPUESTA DE DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES ENTRE JURISDICCIÓN ARBITRAL Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

4.1. Recurso de anulación y control constitucional ex post

La garantía de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo 139º constitucional, 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 avo-

[15] STC 6167-2005-PHC, de fecha 9 de marzo de 2006, CASO CANTUARIAS SALAVERRY.

carse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

Es por tal motivo que se ha consagrado a nivel de la regulación especial el principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 40° del Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el arbitraje, que señala que el tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

Lo que reviste especial trascendencia en la configuración del modelo jurisdiccional y de la actuación de los jueces ordinarios. De esta forma se evita que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de otras jurisdicciones, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

En dicho sentido, queda reconocida la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral^[16], sobre materias de carácter disponible, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen (artículo 2° del Decreto Legislativo N.º 1071), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.

En este contexto cabe preguntarse. ¿Cuál es el rol que le corresponde a la jurisdicción constitucional en materia de control del arbitraje? La respuesta debe darse sobre la base de un presupuesto de doble nivel. Primero, un dato normativo que no puede desconocerse es el mandato del Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el Arbitraje, que establece la posibilidad de un recurso de anulación como fórmula *ex post* (artículo 62°), de igual manera que la derogada Ley General de Arbitraje reguló los recursos de apelación y de anulación.

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

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione mediante el amparo la actuación en el proceso judicial de anulación por infracción al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional y de forma que se garantice la optimización de los bienes constitu-

[16] STC 6167-2005-PHC, de fecha 9 de marzo de 2006, CASO CANTUARIAS SALAVERRY (fundamento 14).

cionales comprometidos, a saber, el adecuado funcionamiento de la jurisdicción arbitral a la luz del orden público constitucional y los derechos fundamentales de los justiciables.

Las notas esenciales de este amparo constitucional se ajustan al modelo procesal del Código constitucional adjetivo vigente, es de carácter subsidiario o residual. En efecto, afirmar que el amparo es un proceso residual, conforme a la regulación dispensada por el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional., significa que la demanda planteada en esta vía resultará improcedente si es posible obtener una tutela *igualmente efectiva* en la vía procesal ordinaria. Ello sólo sucederá si el tránsito por la vía ordinaria no acarrea el riesgo razonablemente probable de que el daño producido o por producirse en la esfera subjetiva del demandante se torne irreparable.

La configuración legal del proceso constitucional de amparo como un proceso de urgencia, hace del Poder Judicial el órgano encargado, por antonomasia, de la protección de los derechos fundamentales. En este caso, la anulación es la vía idónea para la defensa del debido proceso y de los derechos fundamentales que pudieran resultar afectados en el transcurso del proceso arbitral. En esa medida, bien puede sostenerse que, cuando menos desde un punto de vista subjetivo (interés del demandante), la residualidad del amparo hace de los jueces del Poder Judicial la primera y más importante línea de defensa de los derechos fundamentales, o, por así decirlo, sus guardianes naturales. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (artículos 201º y 202º de la Constitución y 1º de su Ley Orgánica -Ley N.º 28301-), pasa a cumplir una función esencialmente objetiva, orientada a la delimitación y adecuada interpretación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales en circunstancias en las que esta interpretación haya sido realizada de modo indebido en sede del Poder Judicial o en el caso de derechos que no hayan merecido mayor desarrollo jurisprudencial y que, en esa medida, requieran de la intervención integradora de este Colegiado en aras de asegurar su aplicación predecible por parte del Poder Jurisdiccional.

4.2. Amparo arbitral: procedencia y finalidades

Este cambio planteado en la naturaleza del recurso de anulación de laudo, no significa que el amparo arbitral vaya a desaparecer del todo. Se trata, de reconocer al arbitraje su condición de jurisdicción especialísima y extraordinaria, constitucionalizada a la par que el fuero militar, lo que no la exonera del control constitucional, pero que obliga a que éste se ejerza bajo supuestos diferentes que en la jurisdicción ordinaria, disminuyendo su nivel de intensidad.

El Tribunal para no afectar lo que debe ser su línea de respeto por las controversias de fondo, no podría sustituirse a los jueces arbitrales (y aún a los

jueces de la justicia ordinaria o privativa) al determinar cómo deben fallar en los asuntos que sólo a ellos les corresponden. Ello supondría, convertir el proceso constitucional en una suprainstancia casatoria capaz de desarticular por completo el principio de la cosa juzgada.

Por lo demás, el resto de criterios que venían existiendo en materia de control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, resultarán pertinentes en tanto no se opongan al carácter residual del amparo arbitral señalado. Para lo cual sería posible establecer las siguientes reglas.

4.2.1. Respecto a la improcedencia del amparo arbitral

- a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, (en su caso, por razones de aplicación en el tiempo de normas, para aquellos procesos sujetos a la derogada Ley N° 26572, General de Arbitraje, los recursos de apelación y nulidad), constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, por lo que determinan la improcedencia del amparo, de conformidad con el artículo 5°, inciso 2), del Código Procesal Constitucional.
- b) Cuando la jurisdicción arbitral haya sido impuesta de manera absolutamente compulsiva, es decir, sin que exista acuerdo o aceptación, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63° [inciso “a”]) o, para los procesos bajo la Ley General de Arbitraje, los recursos de apelación y anulación (artículos 65° [inciso 1] y 73° [inciso 1] de la Ley General de Arbitraje), siendo improcedente el proceso de amparo invocando el motivo indicado (artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).
- c) 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).
- d) De interponerse demanda de amparo en lugar de acudir a la vía procedimental igualmente satisfactoria (desconociendo las reglas sobre la procedencia del amparo en materia arbitral establecidas con carácter de precedente vinculante en la presente sentencia), y ésta es finalmen-

te declarada **IMPROCEDENTE**, los plazos legales para interponer los recursos de anulación o apelación (este último para los procesos regidos por la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje) no se verán alterados.

- e) 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.

4.2.2. *Respecto a los 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 exista vulneración directa o frontal a la doctrina constitucional o a los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, de conformidad con los artículos VI y VII, respectivamente, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- b) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y que se ve afectado directa y manifiestamente en sus derechos constitucionales a consecuencia del arbitraje, en cuyo caso, de estimarse la demanda, se declarará la ineficacia de lo laudado frente al demandante o terceros, no la nulidad del laudo.
- c) 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 vía previa para la procedencia del amparo, siendo de aplicación los artículos 5° (inciso 4), 45° y las excepciones del artículo 46° del Código Procesal Constitucional. Ello en razón de que la jurisdicción arbitral se encuentra protegida por el principio de “no interferencia”, contenido en el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución, “*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 (...)*” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 12).

De esta forma, se trata en última instancia de limitar la instrumentalización de los procesos constitucionales para enervar la eficacia de los laudos arbitrales, prolongando artificiosamente la discusión del fondo de las controversias, bajo un supuesto discurso de respeto y defensa de los derechos fundamentales. Supone también, revalorar el papel que cumplen los árbitros y jueces por igual, requeridos por la sociedad para lograr satisfacer sus pretensiones de justicia, unidos todos en la inmensa tarea de consolidación del Estado de Derecho en nuestro país, forjando reglas y líneas de predictibilidad jurídica y sometimiento de los legítimos intereses al ordenamiento constitucional.

Lima, agosto de 2011.

* * * * *

EL ARBITRAJE EN MATERIA LABORAL Y EL AMPARO CONSTITUCIONAL

MARIO PASCO COSMÓPOLIS*

SUMARIO: **I.** *El arbitraje en las controversias laborales de tipo jurídico.* **II.** *El arbitraje en las controversias laborales de tipo económico. 2.1 Oportunidad del arbitraje. 2.2 Arbitraje potestativo. 2.3 Last offer position o last offer decision. 2.4 Naturaleza del laudo.* **III.** *Impugnación del laudo arbitral. 3.1 Impugnación de laudo de derecho. 3.2 Impugnación de laudo económico.* **IV.** *Proceso arbitral y amparo.*

El arbitraje en materia laboral tiene intensas particularidades en relación con el arbitraje común, derivadas de la especificidad y particularismos de los procesos laborales a los que aquel atiende.

Por de pronto, en términos muy generales los procesos laborales son de dos tipos: jurídicos y económicos. Las controversias jurídicas, que por lo general son individuales, responden al esquema clásico del litigio civil, aunque guardan importantes diferencias que justifican la existencia de un proceso distinto y especial.

Las controversias económicas, que son necesariamente colectivas, corresponden a un mundo absolutamente distinto, cuyo vehículo procesal es la negociación colectiva. Estas controversias no tienen por objeto la declaración de un derecho preexistente, sino la creación de uno nuevo; no son, pues, jurisdiccionales sino jurisdiccionales, lo que no sólo les confiere una naturaleza diferente, sino que obliga a un desarrollo en todo diverso al del litigio, ya que mientras éste es de tipo deductivo, sobre la base del silogismo clásico, aquellas son de tipo inductivo, porque parten de lo individual para generar una norma que será de alcance *erga omnes*.

Es natural que, por la naturaleza tan diferenciada de la controversia económica, el arbitraje en la misma presente caracteres también marcadamente distintos, pero incluso en las controversias jurídicas laborales se dan ángulos no-

* Catedrático principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

vedosos que justifican que el arbitraje presente asimismo peculiaridades frente al del derecho común.

En el presente ensayo examinaremos el arbitraje en ambos tipos de controversia, para concluir en la relación que existe con las acciones de garantía constitucional, con el amparo en concreto.

I. EL ARBITRAJE EN LAS CONTROVERSIAS LABORALES DE TIPO JURÍDICO

La primera cuestión polémica que se suscita proviene del artículo 2º, numeral 1, de la Ley General de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), que señala que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, y su armonización con el artículo 26º de la Constitución, cuyo inciso 2 proclama como uno de los principios que se respetan en la relación laboral el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

Aunque la norma legal no utiliza el proverbio “sólo”, es obvio que lo que quiere significar es que únicamente pueden ser sometidas a arbitraje las materias de libre disposición, o dicho de modo inverso que no pueden serlo las materias que no son de libre disposición, las que deben ir necesariamente a la vía jurisdiccional..

La Ley General de Arbitraje antigua N° 26572 contemplaba algo semejante, mientras que la Ley Procesal del Trabajo N° 26636 remite a aquella del modo siguiente:

“Artículo 104.- SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE

Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, pudiendo las partes acogerse a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje en lo aplicable u optar por otro procedimiento arbitral.”

En lo que se refiere a la materia de fondo no hay, pues, mayor cambio.

Ahora bien, si los derechos laborales son irrenunciables por mandato constitucional, ¿Pueden, no obstante, ser sometidos a arbitraje?

Esta materia puede ser objeto de tres aproximaciones: la primera tiene que ver con la cuestión jurídica en sí, esto es, la aparente incompatibilidad; la segunda, con los márgenes que aún la propia irrenunciabilidad deja; y, finalmente, la conveniencia o inconveniencia del arbitraje, en función de la preservación de los derechos laborales.

En lo primero, hay quien establece una distinción entre irrenunciabilidad e indisponibilidad. En trabajo anterior sobre materia conexa decimos:

“Los términos indisponibilidad e irrenunciabilidad son claramente afines, casi sinónimos, aunque pueda establecerse alguna sutil diferencia. En realidad, indisponibilidad es un concepto más amplio, que guarda con el de irrenunciabilidad una relación género-especie.

El derecho o facultad de disposición es uno de los atributos inherentes al derecho de propiedad, y comprende no sólo la capacidad para renunciar, sino para transferir. Los derechos laborales, como todo derecho, son bienes que pertenecen al patrimonio del trabajador, el cual tiene respecto de ellos un derecho de propiedad.^[1] Los derechos laborales son transferibles: un trabajador puede disponer de ellos, en tanto la transferencia sea onerosa y no conlleve renuncia. Así, por ejemplo, la legislación peruana, que confiere preferencia absoluta a los créditos laborales frente a cualquier acreencia contra el empleador, contempla que dicho privilegio se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de tales obligaciones (Artículo 2º del Decreto Legislativo N° 856). Si los derechos laborales fueran indisponibles, tal posibilidad estaría cerrada.

Si la ley consagra la irrenunciabilidad de derechos, no excluye necesariamente la indisponibilidad de ellos, sino sólo de aquellos actos de disposición que importen una renuncia. A la inversa, si la ley consagrara la indisponibilidad, implicaría en todos los casos la proscripción de la renuncia. La renuncia es un acto de disposición gratuito: la renuncia es necesariamente gratuita. La disposición puede serlo, aunque por lo común es onerosa, como sucede sin más en una compra-venta, por ejemplo.”^[2]

Siendo así, lo que la norma en materia de arbitraje segregara serían las materias que no pueden ser objeto de disposición, algunas de las cuales son además irrenunciables, otras no. Por tanto, de ese análisis se desprendería que aquellas materias que no son irrenunciables pueden ser objeto de arbitraje, en tanto no sean indisponibles.

Pero eso no resuelve el problema, sino sólo le señala contornos, los cuales resultan bastante estrechos, por lo demás.

En efecto, ¿cuáles serían esos derechos indisponibles y al mismo tiempo irrenunciables?

-
- [1] A este respecto, es interesante la construcción teórica elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con los derechos pensionarios. Estos, curiosamente, no han sido nunca recogidos y ni siquiera mencionados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual no ha sido óbice para que la Corte se pronuncie en casos que se refieren a ellos, a cuyo efecto, a falta de norma expresa, ha acudido al concepto de violación del derecho de propiedad. Ver Sentencia en el caso “CIDH 12.034 - 5 pensionistas”
- [2] PASCO COSMÓPOLIS, Mario: *En torno al principio de irrenunciabilidad*, en AA.VV. En torno a los principios del Derecho del Trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez, Coordinador Mario Pasco Cosmópolis, Editorial Porrúa, México 2005, p. 73.

Admitiendo que, en teoría, los dos términos pueden ser distintos y tener diferente amplitud, en términos prácticos operan como iguales, por lo que el problema jurídico subsiste.

Más sólido es, sin duda, precisar los alcances de la irrenunciabilidad. En primer lugar, queda claro que los derechos irrenunciables, según precepto constitucional, son los nacidos de la propia Constitución y de la ley.

No son renunciables, además, a nivel individual, los que provienen de una convención colectiva. El artículo 43, literal a) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo –LRCT - (Decreto Ley 25593) así lo señala.^[3]

Nada obsta, en cambio, para que una convención colectiva pueda dejar sin efecto lo establecido por una convención anterior, que es la consecuencia obvia de la negociación colectiva *in pejus*, que tiene cabida en el plano teórico y concreción práctica en el artículo 57° de la ya citada LRCT.^[4]

Pero, ¿podrían ser objeto de arbitraje a nivel individual los derechos nacidos de la convención colectiva? Aunque con menos énfasis y sin nivel de mandato constitucional, pero con igual validez, estos derechos terminan homologados con los nacidos de la Constitución y la ley, ya que todos son irrenunciables.

Ello nos lleva al ámbito natural en el que debe ser examinada esta problemática: la certidumbre de esos derechos irrenunciables, tema que expresa muy bien Zegarra Garnica^[5] en relación con la conciliación, pero que *mutatis mutandis* vale igual para el arbitraje.

“Las controversias no plantean dilemas tan simples, sino más bien cuestiones complejas, que requieren de difícil o imposible probanza o de interpretación de hechos o de normas convencionales o de situaciones nuevas que no han sido expresamente previstas en las normas, o de obligaciones de difícil o imposible ejecución y en esos casos pueden avenirse las partes sin incurrir en la renuncia de derechos adquiridos.”

Estamos ante los derechos dudosos - *res dubia* - o derechos litigiosos. En trabajo anterior nuestro^[6] sobre la conciliación decíamos:

[3] Art. 42°.- La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes: a) Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente aptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del

[4] Art.- 57°.- (...) El empleador o empleadores podrán proponer cláusulas nuevas o sustitutorias de las establecidas en convenciones anteriores.

[5] ZEGARRA GARNICA, Federico: *Naturaleza jurídica de la conciliación*”, en rev. Relaciones Industriales y Derechos Laborales N° 3 y 4, Lima, julio 1990, p. 322

[6] PASCO COSMÓPOLIS, Mario: *Solución de los conflictos individuales de trabajo. Formas alternativas de solución: la conciliación y otros equivalentes jurisdiccionales*, EN REV. Derecho Laboral N° 185, Montevideo, enero-marzo 1997, p. 9

“La demanda de un trabajador no es una verdad cierta e inconcusa, sino apenas una hipótesis de verdad: está compuesta frecuentemente de un cúmulo de pretensiones, algunas veraces, pero muchas de ellas falsas o que provienen de una defectuosa ponderación de los hechos o de una interpretación errónea del derecho o incluso de la sola imaginación del trabajador o de un asesoramiento ambicioso o de una acumulación de todo ello. Entre la presunción de verdad que acompaña a la pretensión de un trabajador y la verdad auténtica, cierta, demostrable y demostrada, puede y suele haber una gran distancia. Si no la hubiera, si toda demanda fuera ciento por ciento exacta, justa y legal, no habría necesidad ni espacio, no ya para la conciliación, sino para el litigio mismo: todo pleito terminaría necesariamente en una condena total al empleador.

Sabemos perfectamente que eso no es así, que la resolución tiene que practicar un necesario ajuste entre lo pretendido y lo demostrado, lo que revela que entre ambos extremos existe una brecha –pequeña, grande, inmensa o total-, al punto de que una demanda puede ser amparada, como puede también ser declarada infundada en su integridad. Es a todo lo que esa superficie contiene que llamamos *res dubia* o litigiosa: una mera pretensión, que sólo se convertirá en derecho indubitable cuando quede demostrada. Como dice con exactitud Juan Montero Aroca, “la legislación determinante de la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores se refiere estrictamente a los derechos, y no a la pretensiones resistidas, sobre las cuales es posible transigir, puesto que la pretensión y la resistencia suponen incertidumbre sobre la existencia del derecho.”.

Ahora bien, ya no con fundamento en la normativa, sino en los principios y la teleología del derecho laboral, algunos autores expresan sus reticencias al arbitraje. Dice el maestro Plá Rodríguez:

“La vía arbitral, si bien en algún caso puede permitir una solución más rápida, tiene el inconveniente de que, de aceptarse, daría la posibilidad de abusos o corruptelas como las que podrían derivar de la presión de los empleadores por imponer árbitros con criterios favorables o mentalidad proclive a las posiciones empresariales.”^[7]

Más enfático aún o más suspicaz, Ermida expresa que:

“...si se admitiera el sometimiento de conflictos individuales al arbitraje, es muy probable que para obtener empleo, el trabajador se viera obligado a firmar, por anticipado, un compromiso arbitral. En tales condiciones, el arbitraje significaría en el terreno de los hechos, la derogabilidad de todas las normas laborales de protección. Significaría un regreso a la autonomía de la voluntad

[7] PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, cit. por GARMENDIA AIRGÓN, Mario: *+Mecanismos alternativos de solución de conflictos individuales de trabajo*, en Rev. Derecho Laboral N° 185, Montevideo, enero-marzo 1997, p. 109..

individual, sería algo así como retrotraer la reglamentación del trabajo al Código Civil napoleónico.”^[8]

Esa prédica parece haber influido en los autores de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, que sin llegar al extremo de la proscripción, tiene previsiones muy específicas respecto del arbitraje en controversias jurídicas. Dice su Sexta Disposición Final:

***SEXTA.-** Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las setenta (70) unidades de referencia procesal.*

Como se aprecia, los requisitos de admisibilidad del arbitraje laboral en materia jurídica son: (i) que el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral, y, adicionalmente (ii) que la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, setenta (70) unidades de referencia procesal, como mínimo obviamente.^[9]

La precaución de la Ley de imponer estos dos requisitos tiene dos posibles motivos: (i) al limitarlo, lograr que el arbitraje laboral obtenga vida real, pues los jueces y cortes laborales lo habían fulminado al determinar que la cláusula arbitral no impedía al trabajador plantear directamente la demanda ante el Poder Judicial, y (ii) a evitar que las cláusulas de compromiso arbitral aparezcan insertas dentro del contrato de trabajo y se puedan extender indiscriminadamente a todos los trabajadores, cualesquiera sean su rango o calificación o su estatus económico.

La razón para ello estriba en que el arbitraje, que es un medio alternativo de solución de los conflictos jurídicos de gran eficacia práctica, es sin embargo costoso, ya que las partes deben sufragar no sólo los gastos naturales del proceso, sino los honorarios de los árbitros.

Los contratos de trabajo son confeccionados normalmente por el empleador y son una especie de contrato por adhesión, pues el trabajador tiene muy pocas ocasiones para negociarlas, si algunas, ni para introducir cambios en el formato que le viene propuesto.

[8] ERMIDA URIARTE, Óscar, cit. por GARMENDIA AIRGÓN, *Ibid.*, p. 109.

[9] Hacemos esta aclaración, de que se trata de un mínimo, porque conocemos el caso de un distinguido jurista que opinó que como la ley decía que la remuneración de los practicantes era equivalente a una remuneración mínima vital, no podía pagárseles más, a consecuencia de lo cual la entidad que lo consultó procedió a rebajar la asignación de los que ganaban más. Ante opiniones así, se hacen necesarias precisiones así.

De otro lado, como señala Garmendia^[10],

“Sin perjuicio de lo ya expresado con relación a los reparos que nos merece desde el punto de vista sustantivo el renunciamiento a acceder a la justicia ordinaria, parece todavía menos aceptable si se atiende a que lo más natural sería que la resignación de este importante derecho se sustanciara en uno de los momentos en los que el libre albedrío del trabajador se encuentra en su estado de mayor debilidad.

En tal sentido, es pertinente recordar a Pelissier cuando se cuestiona la decencia de invocar la libertad de opción para afirmar que una persona que busca empleo después de varios meses, determinó libremente las condiciones de vinculación con el empleador.

(...) La finalidad de conseguir empleo se impone a cualquier manifestación libre de voluntad, y difícilmente se encuentren trabajadores que opongan reparos ante alguna condición contractual, si lo que está en juego es la posibilidad de acceder o permanecer en el mercado de trabajo.

En este contexto, ¿no resulta inquietante la posibilidad de que la cláusula compromisoria pueda estar presente en el contrato de trabajo?

Incluir en estos contratos-tipo la cláusula arbitral viene a representar una virtual denegatoria de acceso a la justicia, ya que el trabajador no podría recurrir a la justicia ordinaria, por haber en teoría abdicado de ella para preferir la arbitral, pero tampoco puede recurrir a ésta, por los elevados costos involucrados. Son cláusulas disuasorias, cuando no abiertamente nugatorias del derecho a accionar.

Esto tiene, por obvias razones, tanto mayor impacto cuanto más limitada sea la economía del litigante. Así, el arbitraje es la vía preferida por los gerentes y altos ejecutivos, ya que les proporciona una oportunidad para una solución en tiempos breves, pero es rechazada por los trabajadores de menor ingreso, quienes, sin embargo, se veían compelidos a aceptarla so riesgo de que el contrato no se firmara.

Sin embargo, la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 ha llevado la situación a un extremo tal que, en vez de promover el uso del arbitraje – fomentar es el término que utiliza en la Disposición Complementaria Quinta –, virtualmente lo esteriliza, lo hace ilusorio.

En efecto, examinada la causa que hace razonable que el arbitraje sólo se permita para el personal de alta remuneración, que es el otro escenario, el trabajador de escasos recursos no cuenta con márgenes suficientes de libertad y autonomía que le permitan celebrar un convenio arbitral realmente voluntario y libre. Por ello, los autoriza cuando se dan *ex post facto*: sólo después de concluida la relación de trabajo, cuando el trabajador deja de estar bajo la subordinación a su patrono y recupera, en teoría, la plenitud de su libertad.

[10] GARMENDIA ARIGÓN, Mario: *Arbitraje y acceso a la justicia del trabajo*, en revista Derecho Laboral N° 195, Motevideo, julio-setiembre 1999, p. 612

En el caso de los altos funcionarios, tal exigencia no resulta necesaria y se muestra más bien irrazonable. En efecto, los gerentes y ejecutivos de las empresas suelen negociar sus términos contractuales con amplitud y libertad, y dentro de ellos es usual que se introduzca la cláusula compromisoria.

Ahora, al reducirse esa posibilidad en función de la oportunidad – a la conclusión del contrato – y del monto de la remuneración, la viabilidad de un acuerdo para recurrir al arbitraje se diluye, y queda constreñida, además, a la existencia de un conflicto actual o potencial, porque parece ilógico y hasta absurdo que un gerente, que está concluyendo sus funciones en paz y armonía suscriba un compromiso arbitral para la eventualidad, en ese momento remota, de que pudiera surgir en el futuro una divergencia.

Antes bien, el compromiso sólo se dará cuando ya exista entre las partes una diferencia de opinión o una discusión sobre materias concretas.

De ese modo, el compromiso arbitral, en vez de constituir un mecanismo idóneo y pacífico que las partes previsoramente adoptan para una eventualidad remota, sólo será funcional cuando ya exista divorcio sobre materias concretas.

A nuestro ver, lo que la Ley ha previsto como requisitos copulativos debió expresarse de modo distinto, más o menos en los términos siguientes: *“La cláusula contractual de compromiso arbitral sólo es vinculante cuando la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP), salvo que dicho compromiso haya sido adoptado a la conclusión de la relación laboral.”*

Tal como está, en cambio, aniquilará el acceso al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos y hará inútiles, por inexigibles, las cláusulas de compromiso arbitral insertas en los contratos de trabajo, aún en el caso de los altos ejecutivos y gerentes.

II. EL ARBITRAJE EN LAS CONTROVERSIAS LABORALES DE TIPO ECONÓMICO

Como se adelantó en la parte introductoria, en las controversias laborales de tipo económico –también llamadas de intereses, en contraposición a las controversias jurídicas o de derecho- no se busca la declaración de un derecho, sino su creación.

Su cauce natural es la negociación colectiva, y su resultado, la convención colectiva de trabajo, que es fuente traslativa de derecho objetivo, es decir, norma jurídica con eficacia vinculante, no emanada del Estado sino de la voluntad de particulares.

El arbitraje en esta materia no es un sucedáneo de la jurisdicción, sino de la negociación. Los árbitros actúan, no para dirimir una disputa entre las partes, sino para sustituirlas en la adopción de un acuerdo.

Por eso, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala con precisión en su artículo 70° que el laudo tiene la misma naturaleza y surte idénticos efectos que la convención adoptada en negociación directa.

Siendo todo esto así, es natural que el arbitraje en esta materia presente sensibles diferencias con el arbitraje jurídica. El laudo tiene, por de pronto y según declaración concreta de la LRCT, la naturaleza de fallo de equidad.

Por la riqueza de conceptos y la novedad de contenidos, se justifica una exposición de sus diversos componentes estructurales.

2.1. Oportunidad del arbitraje

El arbitraje puede ser planteado cuando culmina la negociación directa entre las partes o, de haber sido solicitada la conciliación por alguna de ellas o dispuesto por la autoridad de trabajo, al término de las reuniones respectivas.

2.2. Arbitraje potestativo

La dicotomía clásica reconoce dos tipos de arbitraje: voluntario y obligatorio. El primero tiene su origen en la voluntad común de las partes; el segundo viene impuesto por la normativa.

Sin embargo, en el mundo laboral existe un *tertius genus*: el arbitraje potestativo, con arreglo al cual la solicitud de una de las partes arrastra necesariamente a la otra. Es decir, no se necesita que concurra la decisión de ambas, sino que basta la de una de ellas.

No es, pues, voluntario, en tanto que no hay concierto de voluntades, pero tampoco es obligatorio, porque se requiere siempre la acción de por lo menos una de las partes.^[11]

La LRCT no lo contempla en forma expresa; el artículo 62° señala que “Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”, con lo que con toda evidencia se tipifica un arbitraje voluntario, consensuado, porque la norma hace uso del plural: las partes, no una sola de ellas.

[11] Hay una modalidad residual de arbitraje obligatorio. El artículo 67° LRCT señala que cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. De fracasar ésta, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva. Esta franquicia excepcional ha sido desvirtuada por algunos funcionarios regionales que, al parecer en colusión con ciertos sindicatos, invocan este artículo apenas la huelga estalla, con lo cual se arrojan de modo automático la capacidad de decidir la controversia.

No obstante, el artículo siguiente tiene, a partir de ello, una formulación insólita: *Artículo 62°.- En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73(...)*

Decimos “insólita”, porque no parece haber ilación entre los dos artículos, lo cual tiene una explicación: en el proyecto de LRCT, allí donde la norma llegó a hablar en plural, el proyecto hablaba en singular: cualequiera de las partes puede solicitar el arbitraje.

Que es, *mutatis mutandis*, lo que a la larga señaló el artículo 46° del Reglamento: Decreto Supremo N° 011-92-TR:

Artículo 46°.- Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el Artículo 61 de la Ley, cualequiera de las partes podrá somete la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga(...)

Éste era, más o menos, el texto del proyecto original, no recogido en la ley y pretendidamente subsanado por el Reglamento. El arbitraje voluntario de la ley fue transformado en potestativo por el reglamento, en homenaje póstumo al proyecto.

Por cierto, la disparidad entre la norma matriz y la reglamentaria ha dado pábulo a innumerables controversias, a las que el actual gobierno ha tratado de poner fin con la dación del Decreto Supremo N° 014-2011-2011, primero, y con la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, después, dos normas fallidas, que presuntamente interpretan la posición del Tribunal Constitucional adoptada en la Resolución N° 03561-2009-AA, de 29 de septiembre de 2009, y en especial su aclaratoria de fecha 17 de junio de 2010^[12], pero que en realidad la trastocan y tergiversan. Estas dos normas, de muy mala factura técnica, han abierto graves resquicios legales y serán fuente indudable, no únicamente de polémicas, sino de verdaderos conflictos, ya que el propósito último, y poco encubierto, de las mismas no es dar paso al arbitraje facultativo, como parecería la intención, sino en realidad someter los conflictos colectivos a la hegemonía del Ministerio

[12] Dice la resolución aclaratoria en su considerando 6 que “es evidente que el arbitraje a que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR no se ajusta al denominado obligatorio, en razón de que su instauración es dependiente de la voluntad de las partes. Así las cosas, que por determinar si se trata de un arbitraje voluntario o de uno potestativo.”; y añade, en el considerando 6 que “si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje a que hace alusión el artículo 61° del Deceto Supremo N° 010-2003-TR (...) es potestativo y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto.”

de Trabajo. Este, recuperando de modo indirecto atribuciones de la época del gobierno militar de los años setenta, volverá a actuar como árbitro supremo, aunque disimulado detrás de tribunales arbitrales. Los integrantes de éstos tendrán que someterse a una calificación y registro previos –que el Ministerio de Trabajo dirigirá y administrará, lo que le permitirá seleccionar a quienes le simpaticen y excluir a los que no- y digitará al presidente cuando los árbitros de parte no lo elijan. Esto último sucederá con frecuencia, porque bastará que una de las partes boicotee el acuerdo para nominar al presidente, y esa parte será, sin duda, la que mejores contactos tenga con algunos funcionarios del Ministerio.

2.3. *Last offer position o last offer decision*

La regla más importante consagrada por la LRCT es la limitación de la capacidad discrecional de los árbitros. Dice el artículo 65:

Artículo 65.- El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra.

El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas.(...)

La idea que solventa esta modalidad tan especial es empujar a las partes a adoptar en la negociación posiciones razonables, y no extremistas como es lo común.

En efecto, aunque la norma no necesita explicitarlo, lo que subyace es que los árbitros preferirán la posición más congruente, y castigarán más bien a la parte intransigente.

Ello debe llevarlas a presentar una oferta que resulte aceptable, porque la que sea apreciada como irreal o exagerada será simplemente desechada.

Ese es *quid* de la cuestión. Desafortunadamente, quien reglamentó la ley no la entendió y consigné una exigencia absurda: que la última propuesta sea presentada al inicio del arbitraje, y no al final como es lo lógico.

Convirtió así un mecanismo de promoción del diálogo en una especie de apuesta, porque al plantear cada parte su oferta desconoce la de la contraria, cuando de lo que se trata es precisamente de lo contrario: que, conociéndola, trate de superarla. De ese modo, se abre paso a una competencia por tener la mejor posición, la más conciliadora o razonable, no con una sola oferta final, sino con sucesivas ofertas, hasta llegar al punto en el que los árbitros consideren culminado el proceso y, recién allí, adopten la decisión, con la realmente última oferta de las partes a la vista, a favor de la más congruente.

2.4. *Naturaleza del laudo*

Es muy importante advertir que la naturaleza jurídica del laudo que se emite en un proceso colectivo es muy diversa a la del laudo de los procesos jurídicos.

El laudo económico es expresión de un *jus dare* y no de un *jus dicere*, como señala con precisión Krotoschin:

”No es sentencia en sentido material; no pone término a un litigio jurídico, sino a un conflicto económico de intereses; el contenido del laudo no consiste en una condena ni en la declaración de derechos existentes, sino que ordena ex novo las relaciones entre las partes... Desde este punto de vista, el laudo semeja a una Ley más que a una sentencia.”^[13].

III. IMPUGNACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

El laudo arbitral, por esencia, se expide en instancia única. Pueden surgir, empero, situaciones que lleven a su impugnación. Ésta será marcadamente diferente según el tipo de controversia, esto es en el laudo en materia jurídica y el laudo en materia económica. Por ello, conviene tratar el tema de la impugnación por separado.

3.1. *Impugnación de laudo de derecho*

No contiene la normativa pauta alguna específica en cuanto a las causales de impugnación de un laudo, debiendo entenderse que en esta materia no difieren de la regla general contenida en la Ley General de Arbitraje (D. Leg. N° 1071)

Conforme a ésta, contra un laudo sólo puede interponerse recurso de anulación. Este recurso, dice el artículo 62°, “constituye la única vía de impugnación de laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.”

3.2. *Impugnación de laudo económico*

La LRCT limita a solo dos supuestos la impugnación: (i) por razón de nulidad, y (ii) por establecer el laudo menores derechos a los contemplados por la ley a favor de los trabajadores.

En cuanto a la nulidad, no hay nada que comentar. La otra causal si requiere dilucidación.

[13] KROTOSCHIN, Ernesto: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1968, p.663

Los derechos laborales nacidos de la Constitución y de la ley son irrenunciables, por expreso mandato del artículo 26°, numeral 2, constitucional. Una convención colectiva no podría contener renuncia a un derecho de esa jerarquía, de lo que se colige axiomáticamente que un laudo arbitral, que es su sucedáneo, tampoco puede hacerlo.

La irrenunciabilidad, empero, no se extiende a los derechos convencionales, los cuales son renunciables, pero sólo al nivel en que se generaron. Así, es válida la negociación *in pejus*: los trabajadores, a través de su sindicato o actuando en coalición, pueden válidamente dejar sin efecto estipulaciones de una convención colectiva, aún cuando puedan representar desmedro para sus derechos, ya que la negociación colectiva es manifestación suprema de la autonomía colectiva. Por consiguiente, nada obsta, tampoco, para que un laudo puede proceder de igual forma, con la obvia diferencia de que en el primer caso bastará el acuerdo inter-partes, pero en el segundo tendrá que haber una justificación muy razonable para una decisión tan especial.

Igual predicamento se aplica a los derechos nacidos del contrato individual, que pueden ser revertidos por esa misma vía.

Lo que se no puede es renunciar a nivel individual de derechos nacidos de una convención colectiva, tal como acertadamente prevé el artículo 42° de la LRCT.

En cuanto a lo procesal, hay previsiones específicas al respecto, tanto en la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, todavía vigente en algunos distritos judiciales, cuanto en la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497.

En la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, el tema ocupa cinco artículos que regulan sucesivamente lo siguiente:

- Legitimación procesal, que es atribuida a cualquiera de las partes que haya intervenido en el procedimiento arbitral (art. 88), y competencia funcional, que corresponde en primera instancia a la sala laboral.
- Plazo para la impugnación: cinco días de notificado el laudo (art. 89)
- Emplazamiento con la demanda, que debe hacerse, obviamente, a la otra parte involucrada, pero también a los árbitros, por si quieren coadyuvar en la defensa; así mismo, se oficia a la autoridad de trabajo para que remita el expediente administrativo. (art. 90°)
- Trámite y sentencia: como el proceso es de puro derecho, la sentencia se debe emitir al décimo día de producida la última actuación.(art. 91°)
- Corte Suprema: se pronuncia, como instancia de grado, dentro de diez días de recibido el expediente.(art. 92°)

La Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 le dedica el Capítulo III del Título II, con la rúbrica de “Proceso impugnativo de laudos arbitrales económicos.

- El artículo 50° señala que la demanda debe ser interpuesta dentro de diez días de notificado el laudo, la que debe ser calificada por la Sala Laboral, que es la que actúa en el primer grado. Si la declara improcedente, cabe apelación en cinco días. Sólo se admite prueba documental.
- En el artículo 51° se señala someramente el trámite de admisión y emplazamiento, que comprende a los árbitros, quienes pueden intervenir discrecionalmente.
- La Sala Laboral debe emitir su fallo en el plazo de diez días de contestada la demanda, por el solo mérito de lo ofrecido por las partes, al término de la audiencia de alegados (art. 52°)
- Aunque no hay desarrollo legislativo expreso, se colige del artículo 53 que Contra la sentencia cabe recurso de apelación, que se sujeta al procedimiento general, y es resuelto por la Sala competente.
- Finalmente, este mismo artículo 53° precisa que contra la resolución de la Corte Suprema no cabe recurso de casación.

Pese a que hay profundas diferencias entre las dos leyes procesales, vigentes en forma simultánea, aunque en distritos judiciales distintos, en la materia examinada hay convergencia, pues no se aprecia en lo normado por una y otra, mayores discrepancias.

IV. PROCESO ARBITRAL Y AMPARO

Grandes polémicas ha desatado el Tribunal Constitucional con diversos fallos en materia arbitral. No es éste el espacio adecuado para criticarlos, habida cuenta de que, salvo el caso de la negociación colectiva de los trabajadores portuarios, que hemos mencionado al paso al tratar el arbitraje potestativo, todos los casos se refieren a materia civil o mercantil, no laboral.

Ello no obstante, el más reciente de ellos –flamante a la fecha en que este artículo es escrito– desarrolla los criterios que deben regir el acceso a la vía constitucional en relación con arbitrajes.

Se trata de la sentencia de 21 de setiembre de 2011, emitida en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC (Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia, contra el laudo emitido en el Caso Arbitral N° 1847-119-2008).

Aunque el Tribunal en pleno, con el voto de cinco magistrados y dos votos singulares, declara infundada la demanda de amparo en sí, aprovecha –como suele hacer con cierta frecuencia– de una demanda concreta para sentar criterios generales, a los que dota, como en este caso, de fuerza vinculante.

Así, en su considerando 20 señala los criterios que llevan a la improcedencia del amparo arbitral, que en buena cuenta se concentran en relieves que el recurso de anulación previsto por la Ley General del Arbitraje (D. Leg. N° 1071), como en su caso los de apelación y anulación de la Ley anterior N° 26572, constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, incluso cuando se trate de garantizar el debido proceso y la tutela procesal efectiva, o se cuestione la falta de convenio arbitral, o la existencia de derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna.

En la otra mano, el TC precisa en su considerando N° 21 los supuestos de procedencia del amparo arbitral, que son:

- Cuando se invoca la vulneración directa y frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el TC.
- Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el TC o el Poder Judicial.
- Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral.

De estas causales, sólo la primera podría generar vacilaciones. En efecto, lo resalante del criterio no está en la materia sino en los adjetivos: la vulneración –dice- debe ser directa o frontal. Por cierto, todo aquel que intente la impugnación de un laudo por esta vía se las ingeniará para demostrar que la presunta violación tiene esos atributos negativos, lo que seguramente habrá de generar copiosa jurisprudencia para precisar los linderos de tales términos en los casos concretos.

Las otras dos causales, en cambio, parecen muy nítidas y no dejan mayor margen para interpretaciones.

Por último, en su considerando 26, que tiene fuerza vinculante pero debe ser interpretado en armonía con el considerando 25 que lo precede, se modula el ejercicio del control difuso de constitucionalidad. Reaparece aquí uno de los vocablos antes destacados y se añade otro, referidos ahora al perjuicio directo y claro respecto al derecho de alguna de las partes

Es muy difícil y sería demasiado aventurado lucubrar acerca de cómo estos nuevos criterios habrán de incidir en los arbitrajes en materia laboral, pero nos consuela el hecho comprobado de que, en la vasta jurisprudencia constitucional, no ha habido hasta ahora ningún caso de anulación de un laudo arbitral por la vía del amparo.

Hacemos votos porque eso continúe así, porque es claro que cualquier injerencia extraña al proceso arbitral en sí mismo desdora y, de alguna manera, debilita la institución arbitral, que se ha revelado eficaz para la solución de las controversias, en especial las colectivas.

Lima, octubre de 2011.

* * * * *

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN CHILE

GABRIELA NOVOA MUÑOZ*

SUMARIO: **I.** *Introducción.* **II.** *Marco constitucional del arbitraje.* **III.** *Reconocimiento del arbitraje por parte de la normativa legal.* 3.1 *Clases de Arbitraje.* 3.2 *Requisitos para ser Árbitro.* 3.3 *Casos de Arbitraje Forzoso.* 3.4 *Arbitraje Prohibido.* 3.5 *Nombramiento y Facultades de los Árbitros.* 3.6 *Requisitos de la Sentencia Definitiva.* 3.7 *Recursos en el Arbitraje.* **IV.** *Respecto del arbitraje comercial internacional.* **V.** *La jurisprudencia y el arbitraje.* **VI.** *A modo de conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia del Código Orgánico de Tribunales en Chile, que data del año 1875, puede constatar un aumento progresivo de la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Sin lugar a dudas, el reconocimiento que hace la normativa vigente a la institución del arbitraje, descansa sobre la aceptación, como principio rector, de la autonomía de la voluntad que permite a las partes en conflicto, recurrir a un mecanismo de solución de la controversia que no busca como fin último evitar la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia, sino que persigue una jus-

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magister (c) en Derecho Privado en la Universidad de Concepción. Ha sido profesora de derecho económico y derecho comercial en la Universidad Católica de Temuco y de resolución alternativa de conflictos en la Universidad Adolfo Ibáñez, en la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la Escuela de Negocios de la Universidad de Chile, en la Academia Judicial. Profesora invitada de la Universidad Latinoamericana de Comercio Exterior de Panamá. Es autora de publicaciones en el área del Derecho Comercial y de Resolución Alternativa de Conflictos. Ejerce como abogado de asuntos institucionales en la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

ticia más rápida, especializada y flexible que la proporcionada por los tribunales estatales. De esta forma, “*La propia esencia del arbitraje y el fundamento de la exclusión judicial radica en el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de abstraerse a la actuación del poder judicial*”^[1].

Nuestra legislación entrega a las partes la posibilidad de sustraer los asuntos litigiosos de la justicia ordinaria, otorgándoles la alternativa de que sean conocidos, salvo algunas excepciones que se analizarán en este trabajo, por un tribunal de su confianza e incluso otorgarle a este tribunal amplias facultades tanto en el procedimiento que se seguirá en el juicio, como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Al someter un asunto a compromiso, las partes dan al árbitro la alternativa de ejercer una jurisdicción que se encuentra reconocida por la legislación, es decir, la propia ley es la que otorga a los árbitros el poder de ejercer la función judicial, en forma independiente de las facultades entregadas a los mismos, en virtud del contrato de compromiso o la cláusula compromisoria.

En este trabajo se hará un breve análisis respecto de las normas constitucionales que regulan la administración de justicia dentro de un Estado de Derecho y cómo, en la práctica, dichas normas son recogidas por la legislación respectiva, otorgándoseles a los árbitros la posibilidad de ejercer una jurisdicción análoga a la que cumplen, por propio mandato constitucional, los tribunales ordinarios estatales de justicia.

II. MARCO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

La Constitución Política de la República de Chile, del año 1980^[2] (CPR de 1980), como Carta Fundamental a la cual deben someterse la totalidad de los

[1] Xiol Ríos, Juan Antonio. “El arbitraje y los tribunales de justicia”. Pág. 4. Página web www.clubarbitraje.com/files/docs/ponencia_xiol.pdf. Visitada el 15 de septiembre de 2011.

[2] Desde la fecha de su entrada en vigencia, el 11 de marzo de 1981, la CPR de 1980, ha tenido diversas modificaciones, entre las que destacan: Ley N°18.825 de 17 de agosto de 1989, Ley N°19.055 de 1 de abril de 1991, Ley N°19.097 de 12 de noviembre de 1991, Ley N°19.295 de 4 de marzo de 1994, Ley N°19.519 de 16 de septiembre de 1997, Ley N°19.526 de 17 de noviembre de 1997, Ley N°19.541 de 22 de diciembre de 1997, Ley N°19.597 de 14 de enero de 1999, Ley N°19.611 de 16 de junio de 1999, Ley N°19.634 de 2 de octubre de 1999, Ley N°19.643 de 5 de noviembre de 1999, Ley N°19.671 de 29 de abril de 2000, Ley N°19.672 de 28 de abril de 2000, Ley N°19.742 de 25 de agosto de 2001, Ley N°19.876 de 22 de mayo de 2003, Ley N°20.050 de 26 de agosto de 2005, Ley N°20.162 de fecha 16 de febrero de 2007, Ley N°20.193 de fecha 30 de julio de 2007, Ley N°20.245 de fecha 10 de enero de 2008, Ley N°20.337 de fecha 04 de abril de 2009, Ley N°20.346 de fecha 14 de mayo de 2009, Ley N°20.352 de fecha 30 de mayo de 2009, Ley N°20.354 de fecha 12 de junio de 2009, Ley N°20.390 de fecha 28 de octubre de 2009, Ley N°20.414 de fecha 04 de enero de 2010, Ley N° 20.503 de fecha 27 de abril de 2011, Ley N° 20.515 de fecha 04 de julio de 2011, Ley N°20.516 de fecha 11 de julio de 2011.

cuerpos normativos del país, en sus artículos 6 y 7, regula la protección al Estado de Derecho, “*como sistema jurídico objetivo, impersonal y justo*”^[3].

Así, el artículo 6, deja establecida la supremacía constitucional al prescribir en su inciso primero que “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República*”. De conformidad con este principio de supremacía constitucional, “*Si hay conflicto entre la Constitución, por un lado, y las normas dictadas conforme a ella, por otro, debe aplicarse primero la Constitución, porque es formal y sustantivamente suprema. La conformidad de la Constitución con las demás normas jurídicas debe ser, por ende, tanto de forma como de fondo*”^[4]. De acuerdo a lo expuesto, la supremacía constitucional permite el control de la constitucionalidad no sólo de los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; sino que también de todas las normas jurídicas^[5] del país.

Por su parte, el citado artículo 7 de la CPR de 1980, que consagra el denominado Principio de Juridicidad, dispone, en sus incisos primero y segundo que: “*Los órganos del Estado actúan válidamente, previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes*”. La regulación anterior implica que en un Estado de Derecho como el chileno, tanto los particulares como autoridades y gobierno, deben someterse en sus actuaciones a las potestades y atribuciones que les establece el propio derecho, guiado por la Constitución, como marco de acción.

La función de administrar justicia, como una de las tareas de mayor relevancia del Estado, está entregada de manera exclusiva, de acuerdo a la CPR de 1980, al Poder Judicial. Así, la señalada CPR de 1980, en su capítulo VI, denominado “Poder Judicial”, prescribe que “*La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*” (artículo 76, inciso 1°). Agrega la citada norma legal, el reconocimiento constitucional al llamado “Principio de Inexcusabilidad”, al sostener que “*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto some-*

[3] Vivanco Martínez, Angela. “Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980”. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006. Pág. 105.

[4] Vivanco Martínez, Angela. Op. Cit. Pág. 107.

[5] En el concepto de normas jurídicas se comprenden, entre otras, las leyes, decretos con fuerza de ley, reglamentos, decretos, instrucciones, ordenanzas.

tidos a su decisión”. Asimismo, la norma de la Carta Fundamental, reconoce el poder de imperio con que cuentan los Tribunales de Justicia, para exigir y hacer cumplir las resoluciones judiciales^[6]. En definitiva, de conformidad con las normas constitucionales, sólo los tribunales de justicia reconocidos por la ley, pueden ejercer jurisdicción, entendiéndose como tal “*la facultad de definir las controversias declarando cuál es el derecho o la justicia – actividad intelectual de conocimiento y juzgamiento –, y en segundo término, la facultad de hacer cumplir lo juzgado con auxilio de la fuerza pública si es preciso, actividad de ejecución o de imperio*”^[7].

Por su parte, el artículo 82 de la CPR de 1980, dispone que es la Corte

Suprema, el órgano que ejerce la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación, salvo las excepciones que la propia Carta Magna establece^[8]. Esta norma constitucional es la que permite que las partes de un arbitraje que estimen afectados sus derechos, puedan siempre recurrir de queja a los tribunales ordinarios de justicia (Corte de Apelaciones), aún cuando se trate de juicios arbitrales tramitados por un árbitro arbitrador o en equidad y pese a que las partes, de común acuerdo o en forma contractual, hayan renunciado de manera anticipada a todos los recursos que pudieran surgir del arbitraje o de las resoluciones del o de los jueces árbitros^[9].

En el ámbito de estudio, es relevante tener presente la norma constitucional del artículo 93 N°6 de la Carta Fundamental^[10], que otorga la posibilidad, a cualquier persona que se considere afectada o agraviada en sus derechos fundamentales resguardados por la Constitución; de interponer el recurso de inaplicabilidad en gestiones que se sigan ante tribunales ordinarios o especiales.

[6] El artículo 76 de la CPR de 1980 prescribe que: “*Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.*

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

[7] Aylwin Azócar, Patricio. “El Juicio Arbitral”. Editorial Jurídica de Chile. Quinta edición actualizada y complementada, 2005. Pág. 18.

[8] Se exceptúan de esta norma, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales.

[9] En materia de recursos procedentes en contra de resoluciones de jueces árbitros, ver punto III.7 de este trabajo.

[10] El Artículo 93 de la CPR de 1980, en su parte pertinente, prescribe: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.

En el punto anterior, es importante determinar si los juicios seguidos ante jueces árbitros, pueden ser considerados gestiones seguidas ante tribunales ordinarios o especiales, susceptibles de recurso de inaplicabilidad. Sin lugar a dudas, los juicios seguidos ante árbitros de derecho, pueden ser objeto de los mismos recursos que pueden interponerse ante los tribunales ordinarios de justicia, incluido el recurso de inaplicabilidad.

La interrogante se presenta en los casos de causas tramitadas ante árbitros arbitradores, ya que ellos resuelven basados en lo que la prudencia y la equidad les indiquen. En este sentido, si no es posible interponer en contra de las sentencias de los arbitradores, el recurso de casación en el fondo, por infracción a la ley, ya que no están obligados a fallar conforme a ella, no resulta procedente sostener que sí es posible recurrir de inaplicabilidad para impugnar sus resoluciones.

Similar situación a la de los arbitradores, resulta aplicable a los juicios arbitrales internacionales, ya que, la Ley de Arbitraje Comercial Internacional vigente en nuestro país^[11], así como las convenciones internacionales de arbitraje y los reglamentos de las distintas instituciones de arbitraje^[12], son flexibles en cuanto a la normativa aplicable al arbitraje, permitiendo, mayoritariamente, a los árbitros, recurrir en sus laudos a la costumbre o a los usos mercantiles, sin perjuicio de las normas legales que resulten aplicables. En este sentido, las resoluciones de los árbitros internacionales, no serían susceptibles de impugnación a través del recurso de inaplicabilidad^[13].

III. RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE POR PARTE DE LA NORMATIVA LEGAL

De acuerdo al marco constitucional analizado precedentemente, que otorga reconocimiento de la Carta Fundamental a la institución del arbitraje, en su carácter de tribunales establecidos por ley, es relevante considerar las normas legales que regulan el arbitraje en Chile.

Siguiendo el mandato constitucional, el Código Orgánico de Tribunales, cuerpo normativo que, entre otros, regula la organización y atribuciones del poder judicial y de los auxiliares de la administración de justicia, en su Título I,

[11] Ley N°19.971. Ver punto IV de este trabajo.

[12] Por ejemplo, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM), Centro Nacional de Arbitrajes (CNA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), American Arbitration Association (AAA), etc.

[13] Para mayor detalle sobre esta materia, puede verse Romero Seguel, Alejandro y Martínez Estay, José Ignacio. “¿Es posible plantear cuestión de inaplicabilidad en un procedimiento arbitral ante árbitro arbitrador?”. Página web www.derechouchile.cl/jornadasdp/arcchivos/Alejandro%20Romero%20seguel.pdf. Visitada el 15 de septiembre de 2011.

denominado “Del Poder Judicial y de la Administración de Justicia en General”, prescribe en el artículo 1 que “*La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley*”. Por su parte el artículo 5 del citado Código, dispone que corresponde a los tribunales de justicia, conocer la totalidad de los asuntos judiciales que se promuevan dentro de Chile; agregando el reconocimiento de los tribunales ordinarios y especiales de justicia^[14] y señalando, como parte del poder judicial, a los jueces árbitros que se regirán por el Título IX del citado Código Orgánico. Por otro lado, la legislación hace aplicable a los jueces árbitros, diversas normativas de los jueces ordinarios, como, por ejemplo, las causales de implicancia y recusación, las cuestiones y contiendas de competencia, los recursos judiciales que proceden en contra de las sentencias, etc.; salvo el poder de imperio que es privativo de los tribunales ordinarios estatales de justicia.

Según la opinión de don Patricio Aylwin, “*Todas estas características manifiestan inequívocamente que para la ley chilena el arbitraje importa una jurisdicción análoga a la de los tribunales oficiales y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública*”^[15]. Asimismo, el profesor Aylwin destaca que los árbitros, como tribunales, “*están encargados de administrar justicia y desempeñan por consiguiente una función pública, ya que la jurisdicción es un atributo exclusivo del Estado y sólo los órganos por él autorizados pueden ejercerla. Los árbitros derivan su jurisdicción de la propia ley, que se la otorga con carácter extraordinaria*”^[16].

No obstante lo expuesto en las normas precedentes, respecto del mandato que otorga la CPR de 1980 al poder judicial, para impartir justicia, las propias normas legales, aceptan la posibilidad de que sean las partes involucradas en un conflicto, quienes determinen el tribunal arbitral que conocerá sus controversias e incluso las reglas de procedimiento y sustantivas para resolverlas. Esta aceptación del principio de autonomía de la voluntad de las partes para someterse a arbitraje voluntario, sólo tiene como límite el orden público^[17].

La señalada aceptación de nuestro ordenamiento normativo del arbitraje, como parte de los tribunales de justicia y mecanismo de solución de conflictos, se refuerza en el Código de Procedimiento Civil (CPC), al regular específicamente, el juicio arbitral, en su Título VIII.

[14] La ley considera Tribunales ordinarios de justicia a la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones, Presidentes y Ministros de Corte, tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras, juzgados de garantía. Además, forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los juzgados de familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz.

[15] Aylwin Azócar, Patricio. Op. Cit. Pág. 48.

[16] Aylwin Azócar, Patricio. Op. Cit. Pág. 151.

[17] Ver reglas sobre arbitraje forzoso en el punto III.3de este trabajo.

En tanto, el cuerpo legal que establece el marco normativo del arbitraje nacional, está contenido en el Código Orgánico de Tribunales (COT). El Título IX del citado Código, denominado “De los Jueces Árbitros”, comienza señalando el concepto, que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, se entiende por árbitros, indicando que se trata de jueces, designados por las partes o por la autoridad judicial en subsidio, para resolver un asunto litigioso. Esta norma legal, contenida en el artículo 222 del citado COT, reconoce el carácter voluntario del arbitraje, ya que son las partes las llamadas en primer lugar a nombrar a los árbitros (pueden ser uno o más árbitros) y la actuación de la justicia, a través de los Tribunales Ordinarios (estatales), debe ser sólo en subsidio de dicha voluntad.

De acuerdo a la ley, el tribunal arbitral se constituye una vez que el árbitro nombrado acepta el encargo y jura desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible. Desde ese momento, el árbitro “*contrae frente a las partes el deber jurídico de ser su tribunal*”^[18], para ese caso concreto. Antes de ese juramento, el juez árbitro carece de competencia para ejercer las funciones que se le han encomendado. De acuerdo a lo expuesto, una vez constituido el arbitraje, el árbitro se encuentra habilitado por ley, para ejercer la función jurisdiccional, que nuestra normativa y jurisprudencia, reconoce como análoga a la que ejercen los tribunales ordinarios de justicia, ya que “*el compromiso o la cláusula compromisoria cumplieron su cometido y la decisión de las partes ahora recibe el poder de la ley que confiere facultad a ese juez especial, que es verdaderamente juez y tiene poder jurisdiccional*”^[19].

El COT define a los árbitros como “jueces”: se refiere al procedimiento que ellos conocen como “juicio” arbitral y sus resoluciones y sentencias, llamadas “Laudos”, una vez ejecutoriadas, tienen la misma fuerza obligatoria para las partes que si las dictara un Juez ordinario estatal, constituyendo un título ejecutivo para exigir su cumplimiento, debiendo tenerse en consideración que, en el caso en que se requiera alguna medida compulsiva, se debe recurrir a la justicia ordinaria estatal, ya que los jueces árbitros, según se señaló, carecen de poder de imperio y, para lo anterior, no requieren de ningún tipo de homologación o aprobación por parte de los tribunales ordinarios^[20]. Además y sin perjuicio de lo anterior, la ley contempla otras normas aplicables a los jueces ordinarios a las que también quedan sometidos los árbitros (por ejemplo las causales de implicancia y recusación).

[18] Aylwin Azócar, Patricio. Op. Cit. P.48.

[19] Paillas, Enrique. “El Arbitraje Nacional e Internacional Privado”. Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2003. Pág.37.

[20] En este sentido ver Pereira Anabalón, Hugo. “Embargo y Cautela en el Proceso Chileno”. Gaceta de los Tribunales N°157. Página web: <http://bd.legal.cl/LNChile/Ipext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=389&2.0>. Visitada el 12 de julio de 2004.

De acuerdo con lo expuesto, puede sostenerse que el sistema judicial “hizo de los árbitros jueces con potestad jurisdiccional idéntica a la de los jueces ordinarios, aunque con determinadas limitaciones a su competencia”^[21]. Lo anterior ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia de los tribunales de justicia en una multiplicidad de fallos que se refieren a resoluciones adoptadas por jueces árbitros, en los que se parte de la base de las atribuciones que estos detentan como verdaderos jueces que integran el poder judicial.

Los tribunales de justicia, en referencia a la competencia de los jueces árbitros, reforzando lo señalado precedentemente, han dicho: “2º. *Que si bien es cierto que las partes solicitaron la designación de un árbitro de naturaleza mixta, según consta de fojas 30 de los autos arbitrales tenidos a la vista, como, además, que en tal calidad se aceptó el encargo por el designado, se estableció su competencia y procedimiento, no lo es menos que en el punto 5.2 del procedimiento se consignó que “en lo no previsto y en subsidio, se aplicarán las normas sobre el juicio ordinario y las normas comunes a todo procedimiento, establecidas en el Código de Procedimiento Civil”, debido a lo cual, no obstante su naturaleza formal de arbitrador en cuanto al procedimiento, lo cierto es que rigen en plenitud, en todo lo no regulado expresamente por las partes, las normas del juicio ordinario civil*”^[22].

Es importante señalar, que la manifestación de voluntad de las partes, en orden a someter sus litigios a conocimiento de un juez árbitro, ya sea a través de un compromiso o de una cláusula compromisoria, produce, por un lado el efecto de la pérdida de jurisdicción de los tribunales ordinarios estatales de justicia (aspecto negativo) y, por otro lado, otorga dicha jurisdicción, que, por regla general es privativa de dichos tribunales, a los jueces árbitros que correspondan.

No obstante lo estipulado, se debe tener presente que “*La jurisdicción de los árbitros es limitada, en cuanto a las personas a quienes alcanza, a la materia a que se refiere, a la naturaleza de las facultades del tribunal y al tiempo en que se ejerce*”^[23]. Todas estas limitaciones son las que determinan la competencia de los tribunales arbitrales de justicia.

3.1 Clases de Arbitraje

De conformidad con las normas del Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Civil, las que han sido recogidas y analizadas por la doctrina^[24], los árbitros pueden ser nombrados, con la calidad de árbitro de

[21] Pereira Anabalón, Hugo. Op. Cit.

[22] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 10 de enero de 2002, Rol N°6951-2001. N° Legal Publishing: 23968.

[23] Aylwin Azócar, Patricio. Op. Cit. Pág. 378.

[24] Ver, por ejemplo, obra de Aylwin Azócar, Patricio. Op. Cit.

derecho o de árbitro arbitrador o amigable componedor (artículo 223 del COT y 628 del CPC).

El árbitro de derecho es aquel que resuelve con arreglo a la ley. Debe someterse, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios. Esta es la regla general del arbitraje en Chile, ya que si las partes no expresan con qué calidad se nombra un árbitro, se entiende que lo es con la de árbitro de derecho.

Por su parte, el árbitro arbitrador falla en prudencia y equidad y los procedimientos y las resoluciones de las causas de que conoce, deben someterse a las reglas que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, o si dichas reglas no fueren suficientes, en subsidio se rigen por las normas del Código de Procedimiento Civil. Es importante considerar que, de acuerdo a nuestra normativa, sólo quienes son mayores de edad^[25] y libres administradores de sus bienes^[26], pueden otorgar a los árbitros facultades de arbitradores. Se debe tener presente que el mandato judicial, debe señalar expresamente que el mandante otorga al mandatario poder para otorgar al árbitro facultades de arbitrador^[27].

Sin perjuicio de lo expuesto, también los árbitros pueden ser nombrados con el carácter de mixtos; esto es, árbitros que cuentan con facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, pero el pronunciamiento de la sentencia definitiva debe hacerse con sujeción a la ley procesal y sustantiva.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, se ha referido, específicamente a la calidad en que se puede nombrar a los jueces árbitros. Por ejemplo, en sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de mayo de 1987, Rol N° 3768, ca-

[25] En Chile, la mayoría de edad se obtiene al cumplir los 18 años.

[26] Es fundamental tener presente que el artículo 224 del COT establece una excepción en cuanto a la libre administración de los bienes al disponer que por motivos de manifiesta conveniencia, podrán los tribunales autorizar la concesión al árbitro de derecho de las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento (es decir, calidad de árbitro mixto), aún cuando uno o más de los interesados en el juicio sean incapaces.

[27] El Artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, al referirse al mandato judicial, dispone que *“El poder para litigar se entenderá conferido para todo el juicio en que se presente, y aun cuando no exprese las facultades que se conceden, autorizará al procurador para tomar parte, del mismo modo que podría hacerlo el poderdante, en todos los trámites e incidentes del juicio y en todas las cuestiones que por vía de reconvencción se promuevan, hasta la ejecución completa de la sentencia definitiva, salvo lo dispuesto en el artículo 4° o salvo que la ley exija intervención personal de la parte misma. Las cláusulas en que se nieguen o en que se limiten las facultades expresadas, son nulas. Podrá, asimismo, el procurador delegar el poder obligando al mandante, a menos que se le haya negado esta facultad.*

Sin embargo, no se entenderán concedidas al procurador, sin expresa mención, las facultades de desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar la demanda contraria, absolver posiciones, renunciar los recursos o los términos legales, transigir, comprometer, otorgar a los árbitros facultades de arbitradores, aprobar convenios y percibir”.

ratulado “Sociedad de Estacionamientos Américo Vespuccio Limitada con Ilustre Municipalidad de Las Condes”, señaló: “6º) *Que, como quiera que los Árbitros son jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso –como establece el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales–, y son de orden público las normas legales que determinan la naturaleza de los diversos Tribunales de Justicia, ha sido procedente dar estricta aplicación a la citada norma según la cual debe entenderse que en el silencio de las partes sobre la calidad del Arbitro se entenderá que es de derecho el designado por ellas, sin que pueda deducirse que se ha dado a éste la calidad de Arbitro arbitrador o amigable componedor por el hecho de haberse expresado también en el contrato que su decisión sería inapelable y obligatoria –como pretende la ya indicada Sociedad–, pues no puede confundirse el órgano jurisdiccional materia de la designación con el procedimiento a que según los casos se someterá la tramitación y fallo de la controversia*”^[28]. De esta forma, la jurisprudencia otorga valor a la calidad en la que pueden ser designados los árbitros, reafirma el carácter supletorio de las normas legales y la primacía del carácter de árbitro de derecho, ante el silencio de la voluntad de las partes.

3.2 *Requisitos para ser Árbitro*

Puede ser nombrado árbitro toda persona mayor de edad, con tal que tenga la libre disposición de sus bienes y sepa leer y escribir. No obstante lo anterior, para ser nombrado árbitro de derecho se requiere poseer el título de abogado (artículo 225 del COT).

Según dispone la ley (artículo 226 del COT), no pueden ser nombrados árbitros las personas que litigan como partes en el asunto litigioso de que se trate, salvo lo dispuesto en los artículos 1324 y 1325 del Código Civil^[29].

[28] Sentencia N° Legal Publishing: 10131

[29] El Artículo 1324 del Código Civil, en su parte pertinente, sostiene que: “Valdrá el nombramiento de partidor que haya hecho el difunto por instrumento público entre vivos o por testamento, aunque la persona nombrada sea albacea o coasignatario, o esté comprendida en alguna de las causales de implicancia o recusación que establece el Código Orgánico de Tribunales, siempre que cumpla con los demás requisitos legales; pero cualquiera de los interesados podrá pedir al Juez en donde debe seguirse el juicio de partición que declare inhabilitado al partidor por alguno de esos motivos (...)”. Por otro lado, el Artículo 1325 del citado Código Civil, señala que: “Los coasignatarios podrán hacer la partición por sí mismos si todos concurren al acto, aunque entre ellos haya personas que no tengan la libre disposición de sus bienes, siempre que no se presenten cuestiones que resolver y todos estén de acuerdo sobre la manera de hacer la división (inciso 1º). Los coasignatarios, aunque no tengan la libre disposición de sus bienes, podrán nombrar de común acuerdo un partidor. Esta designación podrá recaer también en alguna de las personas a que se refiere el artículo anterior, con tal que dicha persona reúna los demás requisitos legales” (inciso 3º).

Por otro lado, no puede ser nombrado árbitro el juez que actualmente estuviere conociendo del asunto de que se trate, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 317 del COT^[30].

3.3 Casos de Arbitraje Forzoso

Si bien, por naturaleza, el arbitraje es una institución que se caracteriza por su voluntariedad^[31], en la medida de que se trate de materias que pueden someterse a compromiso; la legislación chilena establece ciertos asuntos que, necesariamente, deben someterse a arbitraje (sin perjuicio que las partes los puedan resolver por sí mismas, si tienen la libre administración de sus bienes y concurren al acto de que se trate). En este caso, la fuente del arbitraje se encuentra en la ley, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje voluntario, en que su fuente la constituye la voluntad de las partes manifestada en forma de acuerdo compromisorio o de cláusula compromisoria.

En la situación de los arbitrajes forzosos, no hay ninguna duda de que se trata de una jurisdicción, ya que constituye un tipo de juicio obligatorio por ley, de conformidad a lo cual “*Los árbitros forzosos son, en efecto, tribunales con competencia privativa, y su jurisdicción, por mandato de la ley, se transforma de extraordinaria en ordinaria*”^[32].

De acuerdo a lo expuesto por el artículo 227 del COT deben resolverse por árbitros los litigios relativos a:

- 1° La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades;
- 2° La partición de bienes;
- 3° Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas;
- 4° Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación;
- 5° Los demás que determinen las leyes.

[30] El artículo 317 del COT establece la prohibición para los jueces letrados y ministros de los Tribunales Superiores de Justicia (Corte de Apelaciones y Corte Suprema), de aceptar compromisos, excepto cuando si quien pretende ser nombrado, tiene, con alguna de las partes originariamente interesadas en el litigio, algún vínculo de parentesco que autorice su implicancia o recusación.

[31] La voluntariedad del arbitraje, se refuerza por lo dispuesto en el artículo 228 del COT que, otorgando un carácter de excepcionalidad al arbitraje forzoso, dispone que fuera de los casos que deben someterse a este tipo de arbitraje, nadie está obligado a someter una contienda judicial a arbitraje.

[32] Aylwin Azócar, Patricio. Op. Cit. Pág. 53.

Es relevante considerar que la jurisprudencia, ha señalado que, no obstante el hecho que las partes hayan estipulado que sus conflictos se sometan a arbitraje, siempre tienen el derecho constitucional y legal de recurrir a los tribunales ordinarios de justicia. Sin embargo, también se debe tener presente que, actualmente, los tribunales de justicia, tienen la tendencia a resolver reconociendo la intención de las partes de someter sus contiendas a arbitraje, respetando la jurisdicción arbitral pactada voluntariamente, lo que, sin lugar a dudas, constituye un elemento relevante para reforzar el arbitraje como método de resolución de controversias.

3.4 Arbitraje Prohibido

De la misma forma que nuestro legislador (artículos 229 y 230 del COT) ha establecido ciertas materias que deben someterse a arbitraje forzoso, hay ciertos asuntos que, por ley, no pueden ser conocidas por jueces árbitros, quedando reservadas, exclusivamente, para conocimiento de los tribunales ordinarios estatales de justicia. Así, no pueden ser sometidas a la resolución de árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos^[33] o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer. Tampoco es posible someter a la decisión de un árbitro, entre otras, las causas criminales, las de policía local^[34], las que se susciten entre un representante legal y su representado, los juicios sobre el estado civil de las personas, las causas laborales, los juicios de hacienda^[35], etc.

Es importante considerar que, de pactarse un arbitraje en los casos en que la ley lo prohíbe, pese a que exista la voluntad de las partes, nos encontramos frente a un acto nulo, por contradecir una norma que otorga un mandato legal^[36], no obstante lo cual, de acuerdo a la legislación, la nulidad, para que produzca sus efectos, debe ser declarada judicialmente.

[33] Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, se encuentran regulados en el Título XVIII del Código Civil. Destacamos lo prescrito en el inciso primero del artículo 323 de dicho cuerpo legal, que dispone que: “*Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. Comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintiún años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio*”.

[34] Los procedimientos ante los Juzgados de Policía Local, se encuentran normados en la Ley N°18.287, que Establece Procedimientos ante los Juzgados de Policía Local.

[35] El Título XVI del Código de Procedimiento Civil, se refiere a los Juicios de Hacienda, disponiendo, en su artículo 748 que: “*Los juicios en que tenga interés el Fisco y cuyo conocimiento corresponda a los tribunales ordinarios, se substanciarán siempre por escrito, con arreglo a los trámites establecidos para los juicios del fuero ordinario de mayor cuantía, salvo las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan*”.

[36] El artículo 10 del Código Civil prescribe que: “*Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención*”.

3.5 *Nombramiento y Facultades de los Árbitros*

En el marco de la voluntariedad del arbitraje que reconoce nuestra normativa, los árbitros deben nombrarse con el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio sometido a su decisión. Habitualmente, esto ocurre al estipularse dentro del contrato de que se trate, una cláusula compromisoria con designación de árbitro o bien un acuerdo arbitral o compromiso, que puede o no, contemplar mecanismos para designar el o los árbitros que correspondan. Sin perjuicio de lo anterior, si las partes no logran la unanimidad respecto de la persona en quien haya de recaer el encargo de árbitro y no han pactado mecanismos para designarlos (por ejemplo, otorgando poder al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago – CAM - o al Centro Nacional de Arbitraje – CNA -), el nombramiento se hará por la justicia ordinaria, debiendo en tal caso recaer dicho nombramiento en un solo individuo y distinto de los dos primeros indicados por cada parte, de acuerdo a las normas establecidas para el nombramiento de peritos^[37] (artículo 232 del COT).

Coincidente con lo expuesto precedentemente, la jurisprudencia nacional, basándose en los principios generales del derecho y en la primacía de la autonomía de las voluntades de las partes, ha reconocido la validez de la cláusula arbitral que no contempla la designación de árbitros concretamente^[38] o que otorga mandato a alguna institución (como el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago) para que lo designe^[39].

De esta forma, como ejemplo de lo expresado, la sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de abril de 2001, en causa Rol N° 902-2001, caratulada “Jorge Filidor Fernández Serrano; con Sociedad Forestal Vildósola Ltda.”, sostuvo: “10°. *Que lo esencial de la cláusula compromisoria es la voluntad de los com-*

[37] El Artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, regula el mecanismo para nombrar peritos, procedimiento aplicable para el nombramiento de árbitros en silencio o desacuerdo de las partes, prescribe, en sus incisos 1° y 2°, que: “*Para proceder al nombramiento de peritos, el tribunal citará a las partes a una audiencia, que tendrá lugar con sólo las que asistan y en la cual se fijará primeramente por acuerdo de las partes, o en su defecto por el tribunal, el número de peritos que deban nombrarse, la calidad, aptitudes o títulos que deban tener y el punto o puntos materia del informe.*

Si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación de las personas, hará el nombramiento el tribunal, no pudiendo recaer en tal caso en ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por cada parte”.

[38] Opinión en el mismo sentido manifiesta Aylwin Azócar, Patricio. Op. Cit. Páginas 205 y ss.

[39] En este sentido existe basta jurisprudencia de los tribunales de justicia, así como respecto de sentencias que reconocen la validez de la cláusula del CAM (si un fallo de un tribunal superior de justicia se pronuncia respecto del fondo o de algún recurso de queja en contra de un árbitro nombrado por el CAM en ejercicio del mandato otorgado por las partes, están reconociendo la validez de dicha cláusula).

promitentes de someter sus diferencias a jurisdicción arbitral; el nombre del árbitro no es esencial porque la decisión de someterse a juicio arbitral no está vinculada a la persona de un determinado árbitro, y las partes contraen la obligación aunque no lo expresen, de nombrar árbitros cuando sea necesario para el desempeño del arbitraje estipulado, por lo que no procede, a su respecto, la exigencia señaladas por el artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales^[40].

El carácter de norma contractual que origina el arbitraje, condiciona que los poderes o facultades del árbitro sean obligatorios para las partes que suscribieron el contrato que contiene la cláusula arbitral respectiva, no obstante lo cual, la sentencia del juicio arbitral “*no las afecta porque ellas contrataron la obligación de acatarla, sino porque ha sido dictada en el ejercicio de una jurisdicción legal a la cual están sometidas*”^[41]. Consecuencia de lo expresado, es que resulta también aplicable a los laudos arbitrales, el principio del efecto relativo de las sentencias judiciales consagrado en el artículo 3 del Código Civil que prescribe que “*las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*”. Es decir, en el caso del arbitraje, el laudo sólo es oponible a quienes fueron parte del juicio arbitral respectivo.

Como ratificación del principio de autonomía de la voluntad que rige esta materia, los árbitros nombrados por las partes no pueden ser inhabilitados sino por causas de implicancia o recusación que hayan sobrevenido a su nombramiento, o que se ignoraban al pactar el compromiso (artículo 243 del COT).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del COT, la cláusula compromisoria, es un contrato solemne, es decir, además de exigir los requisitos necesarios para tener validez (voluntad exenta de vicios, objeto y causa lícita, capacidad), debe constar por escrito. Debemos tener presente que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha entendido que este artículo sólo es aplicable a la convención de arbitraje que designa específicamente al árbitro que conocerá el asunto litigioso^[42], interpretación coincidente con lo que expresa textualmente el señalado artículo 234, que dispone que “*En el instrumento en que se haga el nombramiento del árbitro (...)*”.

Por otro lado, el citado artículo 234 del COT, además, establece ciertos requisitos que debe contener el nombramiento, algunas de las cuales son esenciales, ya que sin ellas no es válido dicho nombramiento (nombre y apellido de las partes litigantes; nombre y apellido del árbitro nombrado; asunto sometido al juicio arbitral) y otras son elementos de la cláusula compromisoria cuya falta no anula ni invalida el compromiso, ya que la ley suple el silencio de éstas. Así, si no se indica la calidad del arbitraje, se entiende que es arbitraje de derecho,

[40] Sentencia N° Legal Publishing: 18543.

[41] Aylwin A., Patricio. Op. Cit., 2005. Página 45.

[42] Ver Aylwin Azócar, Patricio. Op. Cit. Página 201.

si no se señala el lugar del arbitraje, en subsidio, la ley estipula que es aquel en que se ha celebrado el compromiso y si no se estipula el tiempo en que el árbitro debe desempeñar sus funciones, la ley contempla que el árbitro debe evacuar su encargo en el término de dos años contados desde su aceptación^[43] (según el artículo 235 del COT, si se pronuncia sentencia dentro de plazo, ésta podrá notificarse válidamente aunque el plazo se encontrare vencido y el árbitro estará facultado para dictar las providencias pertinentes a los recursos que se interpusieren en contra de la resolución).

Una vez nombrados los árbitros, habiendo éstos aceptado su encargo, quedan obligados a desempeñarlo. Esta obligación, es la que los inviste como jueces de la República, reconocidos por la Constitución y las leyes como tales y que sólo cesa en los siguientes casos (artículo 240 del COT):

- 1° Si las partes ocurren de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros solicitando la resolución del negocio;
- 2° Si fueren maltratados o injuriados por alguna de las partes;
- 3° Si contrajeran enfermedad que les impida seguir ejerciendo sus funciones, y
- 4° Si por cualquiera causa tuvieren que ausentarse del lugar donde se sigue el juicio.
- 5° Por revocación hecha por las partes de común acuerdo de la jurisdicción otorgada al compromisario.

Por otro lado, según dispone el artículo 242 del COT, el compromiso no cesa por la muerte de una o más de las partes (al igual que los procesos seguidos ante la justicia ordinaria, el juicio sigue con citación e intervención de los herederos del difunto).

3.6 *Requisitos de la Sentencia Definitiva*

En el caso de que los árbitros sean dos o más, deben concurrir todos al pronunciamiento de la sentencia y a cualquier acto de substanciación del juicio^[44], a menos que las partes acuerden otra cosa (por ejemplo, que las resoluciones de mero trámite o para dar curso progresivo al proceso, sean dictadas por el Presidente del Tribunal Arbitral). En caso de desacuerdo entre los árbitros, la resolución deberá dictarse por la mayoría. Si no es posible obtener la mayoría para

[43] El plazo de dos años se suspende mientras dure el impedimento, si durante el arbitraje, el árbitro debiere elevar los autos a un tribunal superior, o paralizar el procedimiento por resolución de esos mismos tribunales (artículo 235 del COT).

[44] Artículo 237 del COT y 630 del CPC.

dictar la sentencia definitiva o alguna resolución del procedimiento arbitral que no sea apelable, el compromiso voluntario quedará sin efecto y si se trata de arbitraje forzoso, se procederá a nombrar nuevos árbitros. Si se trata de resoluciones susceptibles de recurso de apelación, se elevarán los antecedentes al tribunal de alzada para que resuelva la cuestión que motiva el desacuerdo conforme a derecho o equidad, según corresponda (arbitraje de derecho o arbitrador)^[45].

3.7 *Recursos en el Arbitraje*

En general, en contra de una sentencia arbitral se pueden interponer los recursos de apelación y casación ante el tribunal que habría conocido de ellos si se hubieran interpuesto en juicio ordinario; a menos que las partes, siendo mayores de edad y libres administradoras de sus bienes, hayan renunciado a dichos recursos, o los hayan sometido también a arbitraje, en el mismo instrumento del compromiso o en un acto posterior suscrito por todas las partes (por ejemplo, en la audiencia de constitución del arbitraje en la que se establecen las reglas de procedimiento del mismo).

No obstante lo expuesto, en el caso de sentencias obtenidas en arbitrajes seguidos ante árbitros arbitradores, no procederá en caso alguno, el recurso de casación en el fondo y el de apelación sólo procederá contra dichas sentencias cuando las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, expresaren que se reservan dicho recurso para otros árbitros del mismo carácter arbitrador y designen a las personas que han de desempeñar dicho cargo, como tribunal arbitral de segunda instancia (artículo 643 del CPC y artículo 239 del COT). Es decir, para que proceda el recurso de apelación para las sentencias de arbitradores, es necesario pacto expreso de las partes.

Respecto del Recurso de casación en la forma, de conformidad con la jurisprudencia de los tribunales, operará siempre la causal que autoriza deducir el recurso de casación en la forma por incompetencia o ultrapetita, por estimarse que ellas están sustentadas en el orden público. También procede el recurso de casación en la forma por la omisión de los trámites esenciales contemplados en los N°1 y N°5 del artículo 795 del Código de Procedimiento Civil^[46].

En cuanto al recurso de queja, numerosas las sentencias lo han acogido en contra de sentencias dictada por árbitros, incluso arbitradores. Además, así lo confirma el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales^[47], que dispone que

[45] Artículo 238 del COT y 631 del CPC.

[46] Ver, por ejemplo, fallo de la Corte Suprema de fecha 3 de abril de 1997 y de fecha 11 de mayo de 1981, ambas contenidas en el libro “El Arbitraje en la Jurisprudencia Chilena”, publicado por la Cámara de Comercio de Santiago, 2005. Páginas 184 y 368, respectivamente.

[47] El Artículo 545 del COT, en su inciso primero prescribe que: “*El recurso de queja tiene*

en contra de las sentencias de primera o única instancia de arbitradores, procederá el recurso de queja. Confirmando lo dispuesto por las normas legales, la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 5286-2006, caratulada “CMPC Tissue Sociedad Anónima; con Juez Arbitro Juan Miguel Rodríguez Etcheverry”, al resolver, con fecha 20 de diciembre de 2006, la queja presentada en contra del árbitro, señaló que: “5°. *Que aún cuando no aparece directamente cuestionado, cabe recordar que la jurisprudencia ha reconocido unánimemente la procedencia del recurso de queja aún cuando las partes hubieren renunciado expresamente a él. El mismo tratadista señor Aylwin Azócar refiriéndose a los árbitros expresa que dicho recurso puede ejercitarse a pesar de cualquiera renuncia y por cuyo medio se persigue el castigo de las faltas o abusos que cometa el árbitro en el ejercicio de sus funciones y el pronto remedio del mal que lo motiva y agrega “contra los árbitros arbitradores procede en los mismos términos que contra los árbitros de derecho, con la sola excepción de que en las sentencias definitivas que dictan en primera o única instancia los árbitros arbitradores, también es posible deducir el recurso de casación en la forma” (artículo 545 Código Orgánico de Tribunales al cual se acumulará el recurso de queja para su conocimiento y resolución, artículo 63 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales”.* (Patricio Aylwin Azocar “El juicio arbitral, pág. 479 y 484)”^[48].

Por su parte, en cuanto al Recurso de Protección^[49] en contra de resoluciones de un árbitro, los tribunales, han rechazado reiteradamente su procedencia,

por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma”.

[48] Sentencia N° Legal Publishing: 35815.

[49] La CPR de 1980 en su artículo 20, consagra constitucionalmente el Recurso de Protección, disponiendo que “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes (inciso 1°). Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada (inciso 2°)”.

salvo en los casos en que se ven conculcados intereses ajenos al juicio arbitral (por ejemplo, medidas precautorias sobre bienes de propiedad de terceros extraños al juicio)^{[50]/[51]/[52]}. El fundamento reiterado para el rechazo del recurso de protección en contra de resoluciones arbitrales, consiste en que “*el asunto ya se encuentra sometido al imperio del derecho, por lo que sus resoluciones no pueden ser enmendadas por este mecanismo*”^[53]; debiendo evitarse el riesgo de que este recurso constitucional sea abusivamente utilizado por las partes de un juicio arbitral que obtengan alguna resolución que les resulte adversa.

Se debe tener presente, en todo caso, que ha sido aceptada la renuncia de los recursos efectuada por partes plenamente capaces, al estipular el pacto arbitral, salvo en caso de incompetencia o ultrapetita.

IV. RESPECTO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL^[54]

El arbitraje comercial internacional, se encuentra regulado, específicamente, en nuestro país, en la Ley N°19.971, publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre de 2004, que define arbitraje como “*Cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la*

[50] Ver fallos sobre recursos de protección en el libro “El Arbitraje en la Jurisprudencia Chilena”, Op. Cit., páginas 304, 71, 398, 194, 143, etc.

[51] Sobre este tema, ver también Mereminskaya, Elina. “Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: En Búsqueda de la Armonía” /en/ “Arbitraje y Mediación en las Américas”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas - San Nicolás de los Garza, Nueva León, México - Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2006. Puede verse en página web www.camsantiago.com/articulos_online/61_1_97-114.pdf.

[52] En este sentido, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa seguida por Ana María Rivera Gallardo en contra del Superintendente de Salud Previsional, Rol N°2370-91, con fecha 23 de marzo de 1992, sostuvo que el artículo 20 de la CPR de 1980, al regular el recurso de protección, no establece limitaciones en cuanto a la persona cuyos actos u omisiones arbitrarios o ilegales, causen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías resguardados en el artículo 19 de la Carta Fundamental. En virtud de lo anterior, resulta posible interponer este recurso en contra de actuaciones arbitrarias o ilegales en que incurran los jueces árbitros.

[53] Guzmán Jordán, Julio. “Recurso de Protección y Resoluciones Jurisdiccionales”. Artículo escrito para el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Página web www.camsantiago.cl/articulos_online/37-recursosproteccion.pdf. Visitada el 15 de septiembre de 2011.

[54] Mayor referencia sobre este tema, ver Novoa Muñoz, Gabriela, *Nociones sobre el arbitraje comercial internacional en Chile* /en/ “Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica”. Primera parte, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 17. Perú, 2010. Páginas 113 y siguientes.

que haya de ejercitarlo” (artículo 2). Por su parte, el artículo 1 de dicha ley regula su campo de aplicación, al disponer que se aplica en casos de arbitraje comercial internacional que tengan a Chile como sede; considerando internacional un arbitraje si^[55]: a) las partes al momento de celebración del acuerdo arbitral tienen sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los siguientes lugares está situado fuera de los Estados en que las partes tienen sus establecimientos: lugar del arbitraje; lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial, o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha. También se acepta como arbitraje internacional aquel en que las partes han pactado expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionado con más de un Estado.

La citada ley de arbitraje comercial internacional, en su artículo 5, determina el carácter excepcional de la intervención de los tribunales estatales en los casos que se regulan por la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. El Tribunal Constitucional de la República de Chile, se pronunció en sentencia de 25 de agosto de 2004, respecto del referido artículo 5 de la Ley N°19.971, manifestando que dicha norma respetaba las atribuciones directivas, correccionales y económicas de la Corte Suprema de Justicia, por sobre todos los tribunales del país (ordinarios y arbitrales).

De esta forma y dentro del marco que otorgan la constitución y las leyes sobre la materia, se establece un campo restringido en que pueden actuar los tribunales ordinarios estatales de justicia, en materia de arbitraje comercial internacional, actuaciones que se encuentran reguladas, básicamente, en los artículos 6^[56], 8^[57], 9^[58], 27^[59], 35^[60] y 36^[61].

No obstante lo anterior, la ley suple la voluntad de las partes, ante ciertas situaciones en que éstas no la han manifestado; otorgando competencia el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar en que se lleve a cabo el arbitraje,

[55] El N°1 del artículo 1 de la Ley N°19.971, señala que la Ley de Arbitraje, se aplica sin perjuicio de los tratados multilaterales o bilaterales vigentes en Chile (como las denominadas Convención de Nueva York y Convención de Panamá).

[56] El artículo 6 de la Ley N°19.971 prescribe: “*Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje. Las funciones a que se refieren los artículos 11, numerales 3) y 4); 13, numeral 3); 14 y 16, numeral 3), serán ejercidas por el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde debe seguirse o se sigue el arbitraje y la del artículo 34, numeral 2), será desempeñada por la respectiva Corte de Apelaciones*”.

[57] El artículo 8 N°1 de la Ley N°19.971, al igual que la norma de la Ley Modelo de UNCITRAL / CNUDMI, prescribe que: “*1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible*”.

- [58] EL artículo 9 de la Ley N°19.971 prescribe: “Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal. No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas”.
- [59] El artículo 27 de la Ley N°19.971 establece: “*Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de Chile para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba*”.
- [60] El artículo 35 de la Ley N°19.971, que regula el Reconocimiento y Ejecución del laudo, dispone que: “1) *Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.*
2) *La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos*”.
- [61] El artículo 36 de la Ley N°19.971 dispone: “*Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución. 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución: i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo, o ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras, o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral 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, o v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo, o b) Cuando el tribunal compruebe: i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile. 2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal v) de la letra a) del numeral 1) de este artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas*”.

para suplir dicha voluntad^[62]. También corresponde al Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva, decidir sobre la recusación de un árbitro, si se cumple lo indicado en el artículo 13 N°3; pronunciarse respecto de la remoción de un árbitro, de acuerdo al artículo 14; resolver sobre la competencia del tribunal arbitral, según el artículo 16 N°3. Finalmente la Corte de Apelaciones del lugar donde se conozca el arbitraje, será el único tribunal competente para conocer el recurso de nulidad interpuesto en contra de un laudo arbitral en el marco de la Ley N°19.971.

En definitiva, de acuerdo a lo expuesto, no hay lugar a dudas que, en el caso del arbitraje comercial internacional, “a los tribunales domésticos únicamente se les asignan las funciones de supervisión y apoyo a los procesos arbitrales”^[63].

V. LA JURISPRUDENCIA Y EL ARBITRAJE

Desde muy antiguo, existen numerosas sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, que reconocen la existencia del arbitraje, ya sea interviniendo en la designación de árbitros, decretando medidas precautorias o auxilio de la fuerza pública, para exigir el cumplimiento de resoluciones arbitrales, o conociendo recursos interpuestos sobre las mismas.

Como ejemplo de lo anterior, podemos citar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 3 de diciembre de 2007, en causa Rol N° 8784-2002, caratulada “Fernando Pérez Lagos con Compañía de Seguros Generales Cruz del Sur S.A.”, que sostuvo: “*Segundo: Que, la jurisdicción arbitral es, obviamente, una excepción y por ende una especialidad. Como dice don Patricio Aylwin Azocar en su libro “El Juicio Arbitral, pág. 46, “La jurisdicción arbitral que la ley establece es de excepción; los particulares no están normalmente obligados a someter a ella sus controversias. Para hacerlo deben los contendientes manifestar su voluntad acorde de substraerse a las jurisdicciones ordinarias –únicas imperativas para ellos– y sujetarse a la extraordinaria de los árbitros. Tercero: Que, por lo expuesto, resulta impensable imaginar, el origen de un juez árbitro, salvo las materias regladas por el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, sin que haya mediado la*

[62] Sobre la competencia del Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva para suplir la voluntad de las partes, se puede ver, por ejemplo, el artículo 11 N°3 y N°4 de la Ley N°19.971.

[63] Mereminskaya, Elina. “Arbitraje Comercial Internacional en Chile: Una mirada jurisprudencial”. Página web www.camsantiago.cl/articulos_online/Arbitraje520jurisprudencia_mereminskaya.pdf. Pág. 265. Visitada el 15 de septiembre de 2011.

voluntad de las partes en conflicto a fin de otorgarle jurisdicción, y, siendo así, es también la voluntad de las partes la que determina su competencia. Los jueces árbitros tienen única y exclusivamente la competencia que le otorgaron las partes al constituir el arbitraje y no pueden, en caso alguno, actuar de oficio”^[64].

Siguiendo la misma línea de la argumentación anterior, tenemos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 26 de agosto de 1986, en juicio “Urrutia con De la Maza”, en que se sostiene que los árbitros, como encargados de administrar justicia, ejercen una función pública, ya que la jurisdicción es un atributo exclusivo del Estado y sólo aquellos órganos que la ley autoriza, pueden ejercerla; constituyendo en este caso, una jurisdicción de carácter extraordinaria que no es, en caso alguno, una comisión especial^[65].

Por su parte, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 3 de abril de 1997, en juicio “Agrícola El Delirio Ltda. y Otros con Rochefort Ernest, Lionel”, dispone que el hecho de que en un contrato de arrendamiento se estipule que los conflictos se someterán a los tribunales de justicia, no obsta a la competencia del juez árbitro, ya que los tribunales arbitrales se comprenden dentro del concepto de “tribunales de justicia”^[66].

Asimismo, la sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de julio de 2009, en juicio de partición de la Sucesión de Fernando Horacio Zañartu Lazcano, Rol N°2273-2008, sostuvo: “*Tercero: “Que el juicio arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio; o por un tercero en determinadas ocasiones. (El Juicio Arbitral Patricio Aylwin Azócar, Editorial Jurídica de Chile, página 17) El arbitraje forzoso es el impuesto imperativamente por la ley como el único procedimiento para resolver determinados litigios, lo que implica que la propia ley excluye absolutamente la competencia de los tribunales oficiales y la concede en forma privativa a Jueces compromisarios. Corresponde en cada caso a las partes, designar a la persona que hará las veces de árbitro y si no convienen en ello, efectúa el nombramiento la autoridad judicial.(...) para que opere el arbitraje, es necesario constituir el Tribunal arbitral, lo que supone una voluntad previa de recurrir a un juicio de compromisarios, hipótesis que el caso del arbitraje forzoso, tiene su fuente en la ley, pues es el*

[64] Sentencia N° Legal Publishing: 38096.

[65] Guzmán Jordán, Julio, compilador. Op. Cit. Páginas 80 y siguientes.

[66] Guzmán Jordán, Julio, compilador. “El Arbitraje en la Jurisprudencia Chilena”. Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, 2006. Pág. 64 y siguientes.

legislador el que impone a las partes la necesidad de llevar su disputa ante árbitros^[67].

Por otro lado, una reafirmación del reconocimiento de la jurisdicción que ejercen los jueces árbitros, es la sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de abril de 2001, Rol N° 902-2001, caratulada “Jorge Filidor Fernández Serrano; con Sociedad Forestal Vildósola Ltda.” Señaló que: “12°. *Que establecida la existencia de la cláusula compromisoria ésta produce un doble efecto: deroga la jurisdicción de los tribunales ordinarios respecto de los asuntos comprometidos en ella y determina la competencia exclusiva de tribunales arbitrales y genera para las partes la obligación de nombrar árbitros cuando sea necesario. La convención de arbitraje puede ser de dos especies: una es el compromiso y la otra de cláusula compromisoria. Ambos tienen los mismos efectos ya nombrados, pero se diferencian en que en el primero se pacta la persona del compromisario, cuyo nombramiento se efectúa, de modo que la jurisdicción arbitral nace con un título determinado, único e insustituible y las partes no contraen la obligación de nombrar árbitro; mientras que por la segunda, se conviene sin tomar especialmente en cuenta la persona que ejercerá las funciones arbitrales, por la cual las partes quedan obligadas a determinar en el momento oportuno. Así, determinada la concurrencia de esta cláusula, que asume un contrato, tiene fuerza de ley para las partes, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1545 del Código Civil, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y de la libertad contractual que obliga a reconocerle plena eficacia jurídica.*”^[68].

En el mismo sentido anterior, reconociendo que los árbitros son tribunales reconocidos expresamente por nuestra CPR de 1980 y las normas legales respectivas (COT, CPC, Ley N°19.971) y vinculando esta jurisdicción con la falta de procedencia del Recurso de Protección para impugnar resoluciones arbitrales; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 4 de julio de 1990, caratulada “Antonio Alberto Escaffi Eltit; Juan Jarufe Uribe; con Eduardo Escudero Heresman”, rol N253-1990, señaló: “2°. *Que el artículo 73 de la Constitución Política de la República señala que la facultad de conocer las causas civiles y criminales de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley; que en este sentido el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales señala, son árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio y, por su parte, el artículo 223 del mismo Código expresa que el arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que*

[67] Sentencia N° Legal Publishing: 42395.

[68] Sentencia N° Legal Publishing: 18543.

las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil. 3°. Que, en conformidad a estas disposiciones, el recurrido ha dictado la resolución judicial que es objeto de este recurso en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales que las propias partes le han entregado y que la ley las sanciona. 4°. Que, por otra parte debe recordarse que el Recurso de Protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile se ha establecido para reclamar en contra de los actos u omisiones arbitrarias o ilegales que provoquen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales que indica. 5°. Que, en el caso sub lite la resolución judicial impugnada por este Recurso de Protección no puede considerarse arbitraria porque ella encuentra su fundamento en la petición misma de la parte demandante del litigio arbitral, que el juez la hace suya razonadamente; tampoco se trata de una resolución ilegal dado que ella es dictada dentro de la esfera de competencia del juez recurrido y conforme a las disposiciones adjetivas que la autorizan, razones suficientes para que este recurso no pueda prosperar. 6°. Que a mayor abundamiento útil es consignar que la propia naturaleza del Recurso de Protección que lo hace ser un recurso constitucional excepcional y de emergencia cuya finalidad es restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, excluye la posibilidad de que éste lo pueda usar optativamente ejerciéndolo o deduciendo las acciones o recursos que los procedimientos del caso le entreguen, cuando la supuesta arbitrariedad emanare de la dictación de una resolución judicial impetrada en un procedimiento actualmente en tramitación^[69].

Reiterando la actuación de los tribunales superiores de justicia, en relación a recursos de protección interpuestos en contra de resoluciones arbitrales, podemos señalar como ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de mayo de 1983, en juicio seguido por don Octavio Carreño Carreño en contra del juez árbitro don José Auladell Miquel en que el Tribunal Superior de Justicia sostuvo que si se considera que en un procedimiento arbitral se incurrió en actos u omisiones abusivos o ilegales, corresponde ejercer los recursos procesales que reconoce la normativa aplicable a la materia, pero no resulta posible intentarlo a través de un mecanismo excepcional que, de acuerdo a la CPR de 1980, busca restablecer el imperio del derecho, ya que implicaría modificar el mecanismo de las instituciones jurídicas y judiciales^[70].

Sin perjuicio del reconocimiento efectuado por la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia a la jurisdicción arbitral doméstica, es importante

[69] Sentencia N° Legal Publishing: 19840.

[70] Ver Guzmán Jordán, Julio, compilador. Op. Cit. Páginas 71 y siguientes.

destacar que similar actitud han demostrado frente a arbitrajes internacionales, cuyas sentencias han sido conocidas por los tribunales estatales por la vía del exequátor^[71], otorgándose validez a las mismas, en virtud de la aplicación del CPC como de la Convención de Nueva York^[72].

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto en este trabajo, la Constitución Política de la República de Chile, que constituye el marco al cual deben someterse la totalidad las normas jurídicas vigentes en el país, así como las actuaciones de sus poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, otorga al Poder Judicial la misión exclusiva de ejercer la función pública de administrar justicia.

Sin lugar a dudas, los juicios seguidos ante jueces árbitros, en Chile se reconocen, tanto por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, como una jurisdicción análoga a la ejercida por los tribunales ordinarios de justicia, quedando, por tanto, sometidos al amparo de la Carta Fundamental como tribunales de justicia dentro del Estado de Derecho.

Si bien la afirmación anterior reviste mayor fuerza en materias conocidas por árbitros de derecho (más aún tratándose de arbitrajes forzosos); la jurisprudencia, en forma reiterada, ha asumido los procedimientos tramitados ante árbitros arbitradores, de la misma forma que si fueran conocidos por jueces estatales.

Las normas legales vigentes en materia de arbitraje y la propia jurisprudencia, permiten sostener que en nuestro país existe una aceptación del arbitraje que constituye un estímulo no sólo para que las partes sometan sus conflictos a este mecanismo alternativo de resolución de controversias en el ámbito do-

[71] El artículo 242 del CPC sostiene que: “*Las resoluciones pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que les concedan los tratados respectivos; y para su ejecución se seguirán los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados*”. Por su parte el artículo 246 de dicho Código prescribe que: “*Las reglas de los artículos precedentes son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros. En este caso se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo*”.

[72] Ver, por ejemplo, sentencias de la Corte Suprema de fecha 11 de enero de 2007 (causa caratulada “Max Mauro Stubrin y otros con Sociedad Inversiones Morice S.A.”), de fecha 5 de julio de 1999 (causa seguida por Sociedad Quote Food Products BV.) y otros casos referidos en Fernández Ruiz, Gonzalo y Jiménez Figueres, Dyalá, “La evolución de las normas de exequátor de laudos extranjeros en Chile”. Página web www.camsantiago.cl. Visitada el 15 de septiembre de 2011.

méstico, sino que también representa un incentivo para que las diferencias que surjan de acuerdos comerciales internacionales, sean sometidas a arbitraje en nuestro país, con la seguridad que tanto la legislación como los tribunales de justicia estatales actuarán en un marco de reconocimiento y protección de la institución del arbitraje nacional e internacional.

* * * * *

ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL ESPAÑOLA: ESPECIAL REFERENCIA A LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD Y A LA “INDAGACIÓN RAZONABLE” EN LA NOTIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

DIANA MARCOS FRANCISCO*

SUMARIO: **I.** *Introducción.* **II.** *La Imposibilidad de recurrir directamente en amparo los laudos.* **III.** *La independencia e Imparcialidad en el Arbitraje.* **IV.** *La Controvertida “Indagación Razonable” en la notificación de las actuaciones arbitrales.* 1. *Introducción.* 2. *El “confuso” artículo 5 de la Ley de Arbitraje española.* 3. *El régimen especial de notificaciones en el sistema arbitral de consumo.* A) *Los problemas interpretativos ante el silencio del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, durante su vigencia. La aplicación supletoria del artículo 5 de la Ley de Arbitraje.* B) *La pertinente previsión expresa del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero.* **V.** *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto tratar algunos aspectos que se han mostrado controvertidos en el ordenamiento jurídico español a la hora de interpretar y aplicar la normativa arbitral por los tribunales de esta nación; aspectos sobre los que también la doctrina española ha mostrado posiciones diversas. Algunos de estos repetidos aspectos han llegado a ser analizados inclusive por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) español o, como se expondrá, “han quedado a sus puertas”, lo que no es óbice para llegar a ciertas conclusiones apoyadas

* Doctora en derecho procesal. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia. Subprograma Juan de la Cierva del Ministerio de Ciencia e Innovación.

por este silencio constitucional derivado de la inadmisión de la demanda de amparo (tal y como veremos con detenimiento).

El interés de este trabajo deriva especialmente de la posibilidad de trasladar al ordenamiento jurídico peruano las opiniones, sean las jurisprudenciales, sean las de otros autores a las que hacemos referencia, sean las personales de la autora que escribe, dada la similitud entre ambas legislaciones y normativas en las materias que son aquí tratadas. Y ello sin perjuicio de que, como se verá, algunas de estas cuestiones ya han sido abordadas igualmente por el TC peruano, si bien con distinto alcance e, incluso, yendo más allá que el TC español.

Unas líneas arriba hemos aludido a la similitud entre las normativas española y peruana en materia arbitral. Y es que la misma no ha de extrañar considerando lo siguiente:

- 1) Por un lado, partamos ya de la idea de que, si bien es cierto que la Constitución Española de 1978 no reconoce expresamente el arbitraje, como sí hace la Constitución Política Peruana de 1993 en su art. 139.1º, el cual articula o configura el arbitraje como una jurisdicción de excepción^[1], tal y como también ha advertido el TC peruano, lo cierto es que el TC español se ha pronunciado expresamente reconociendo esta posible vía extrajudicial de resolución de conflictos de carácter heterocompositivo, sin que ello suponga un atentado a la tutela judicial efectiva ni al principio de exclusividad jurisdiccional proclamado en el art. 117.3 de esta Constitución, a cuyo tenor “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”. Es más, tal Alto Tribunal español se ha preocupado por reconocer el carácter de “*equivalente jurisdiccional*” del arbitraje (entre otras, en sus Sentencias 288/1993, de 4 de octubre [RTC 1993, 288], FJ 3º; 62/1991 de 22 de marzo [RTC 1991, 62], FJ 5º; y 196/1997 de 13 de noviembre [RTC 1997, 196], FJ 12º); carácter al que incluso ya han hecho referencia expresa leyes españolas. Basta dejar mencionada la reciente Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General

[1] Recordemos el tenor de dicho precepto: “*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”.

del Estado, cuyo preámbulo dispone que “*dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia, que también incluye la aprobación de una futura Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se trata ahora de modificar algún aspecto de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que en la práctica se ha mostrado mejorable y que contribuya al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje, al que las sentencias del TC 43/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración de equivalente jurisdiccional*” (apartado I).

- 2) Por otro lado, no ha de extrañar tal semejanza, considerando que las respectivas leyes arbitrales (en concreto, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje -en adelante, LA- y el más reciente Decreto Legislativo que norma el arbitraje núm. 1071 de 2008 –en lo sucesivo, DLA) como muchas otras, están basadas en la Ley Modelo de 21 de junio de 1985 elaborada en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para la unificación del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72 de 11 de diciembre del mismo año.
- 3) Por último, importa tener presente que hace tan solo unos meses (exactamente, el 25 de junio del presente año 2011) entraba en vigor el Decreto Supremo núm. 046-2011-PCM, que aprueba el Reglamento regulador del sistema de arbitraje de consumo (sucesivamente, DSAC), que presenta enormes semejanzas con la regulación española del sistema arbitral de consumo, a saber, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero (en lo adelante, RDSAC).

II. LA IMPOSIBILIDAD DE RECURRIR DIRECTAMENTE EN AMPARO LOS LAUDOS

No cabe duda de que el TC, como Alto Tribunal que tiene encomendada la función de controlar la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley (y único en España con esta función, dado el control concentrado) mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad y la violación de derechos fundamentales y libertades públicas a través del recurso de amparo (este recurso también es monopolio del TC español), debe velar por la salvaguarda de éstos, hayan sido infringidos por resoluciones judiciales o arbitrales. En el ordenamiento jurídico peruano, sin embargo, el control de las normas de inferior jerarquía a la constitucional es difuso (y no concentrado como en España) y tampoco tiene el TC el monopolio del recurso de amparo. Pero tales diferencias no son óbice para que también quepa este recurso contra vulneraciones de dere-

chos constitucionalmente protegidos (a excepción de los derechos relativos a la libertad u otros protegidos por los demás procesos constitucionales) producidas por laudos arbitrales.

En este sentido, el Alto Tribunal peruano ha pergeñado que cabe controlar los laudos siempre que se dicten contraviniendo valores, principios y derechos contenidos en la Constitución. Así, bien dice en su Sentencia 03574-2007-PA/TC, Caso Club Deportivo Wanka, que “[el] *debido proceso se aplica también a las relaciones inter privados, pues el 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*” (FJ 53°).

Ahora bien, ello no significa que quepa impugnar directamente en amparo cualquier laudo dictado con tales vulneraciones, esto es, no cabe la posibilidad de impugnar y recurrir en amparo directamente un laudo arbitral ante el TC. Así se desprende de la propia normativa peruana y, menos claramente, de la española, a saber:

1) En virtud del art. 5.4° de la Ley núm. 28237 (Código Procesal Constitucional peruano), a cuyo tenor literal “*no proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 4°. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus*”. Y, en concreto, con respecto al proceso de amparo, establece el art. 45 del mencionado Código que “*sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo*”, estableciendo el art. 46 las limitadas “*excepciones al agotamiento de las vías previas*”; excepciones que, por otro lado, pueden no ser únicas, dado que “*una afectación que no esté contemplada como causal de anulación de laudo y que compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos*” (STC 02851-2010-PA/TC, de 15 de marzo de 2011, Caso Ivesur, S.A., FJ 5°; Sentencia a la que nos referiremos con más detalle en el siguiente epígrafe).

En ese sentido, tratándose de materias de carácter disponible, aclara el TC peruano las dudas “*respecto del momento en el que se agota la vía previa cuando se pretende cuestionar la denegatoria de una oposición al arbitraje*”, diciendo que “*será preciso agotar los recursos previstos por la Ley General de Arbitraje. En consecuencia, la oposición al arbitraje no agotará el trámite de la vía previa puesto que el artículo 39° de la referida Ley prevé otro recurso para el mismo fin: la interposición del recurso de anulación de laudo arbitral*.”

Por tanto, será este último el recurso que ponga fin a la vía previa y quedará expedita la vía del proceso de amparo por infracción de la tutela procesal efectiva y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a lo previsto por los artículos VI, in fine, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional” (aclaración de fecha 21 de junio de 2006 del FJ 33º de la Sentencia 1567-2006-PA/TC, de 30 de abril de 2006^[2], en respuesta a la solicitud de aclaración planteada por el recurrente en amparo en el caso Compañía de Exploraciones Algamarca, S.A., en que trae causa tal Sentencia), postura jurisprudencialmente ratificada unos meses después en la Sentencia 04972-2006-PA/TC, caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C., de 4 de agosto de 2006, FJ 17º)^[3]. Importa tener en cuenta que, como indica este FJ, “este Tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.)”.

2) Por parte del ordenamiento jurídico español, hay que hacer referencia a los requisitos tan rigurosos exigidos por los arts. 41.2, 43.1 y 44.1 de la Ley Orgánica del TC (LO 2/1979, de 3 de octubre), todos ellos dictados en desarrollo del art. 53.2^[4] de la Constitución Española. En virtud del art. 41.2, “*el recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado*

[2] Vid. igualmente sus FJ 15º a 19º.

[3] Sobre el particular, vid. *DWORKIN, RONALD*, “*El arbitraje ante el TC: avances en su legitimidad jurisdiccional*”, disponible en <http://www.monografias.com/trabajos78/arbitraje-tribunal-constitucional/arbitraje-tribunal-constitucional2.shtml>, consultada en septiembre de 2011).

[4] A cuyo tenor “*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*”.

anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”. El segundo precepto mencionado dice que “las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente”; y el tercero, que “las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- a. Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.*
- b. Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el TC.*
- c. Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”.*

Como puede apreciarse, la no tanta claridad de la normativa española a que aludíamos, se debe a las estrictas o rigurosas exigencias legales (no presentes en la normativa peruana) de que las violaciones de derechos y libertades se originen o tengan su origen en actos (o inactividades) o disposiciones de poderes públicos para que proceda el recurso de amparo (art. 41.2) y, si deriva de resoluciones dictadas por Tribunales Superiores de Justicia^[5] al conocer de acciones

[5] Se hace imprescindible advertir que en España ahora son los Tribunales Superiores de Justicia los competentes para conocer de la acción de anulación del laudo. Ello se debe a que la reciente y ya citada Ley 11/2011 ha atribuido al Tribunal Superior de Justicia esta competencia que antes correspondía a las Audiencias Provinciales (de ahí que no extraña al lector que jurisprudencia menor aquí tratada derive de Audiencias Provinciales al conocer de la acción de anulación de laudos). Y la Ley **Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**, como el propio nombre indica, se ha encargado de adaptar la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial a estos cambios.

de anulación de laudos, difícilmente cabe afirmar que la violación del derecho tuvo su origen inmediato y directo en un acto u omisión del órgano judicial (art. 44.1.b). Pese a ello, del mismo modo que la doctrina y jurisprudencia constitucional española (por ejemplo, STC 18/1984, de 7 de febrero (RTC 1984, 18)) han admitido el recurso de amparo contra actos de particulares que violan derechos y libertades, imputando ficticiamente estas violaciones al órgano judicial, también la han admitido imputando ficticiamente la violación operada por los árbitros al órgano judicial que conoce de la acción de anulación^[6].

Recapitulando, pues, si bien la doctrina y la propia jurisprudencia española se han pronunciado sobre la no viabilidad del recurso directo de amparo contra el laudo, sí se ha admitido una vez interpuesta la pertinente acción de anulación (esto es, agotada la vía judicial previa). Pueden verse el Auto del TC 259/1993, de 20 de julio [RTC 1993, 259]^[7]; la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1995 [RJ 1995, 6634]; la trascendental STC 9/2005, de 17 de enero [RTC 2005, 9]^[8]; y el Auto del TC 301/2005, de 5 de julio [RTC 2005, 301], siguiendo la postura exegética de la anterior^[9]. Y es que esta importante

-
- [6] MASCARELL NAVARRO, M^a J., “Comentario al Título IV. Del procedimiento”, en AAVV, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Montero Aroca, J. (Dir.), Civitas, 1990, pp. 115 y 116; CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Thomson-Civitas, 2005, pp. 177 y 178.
- [7] Pero sí cabe “*contra las resoluciones judiciales, unas necesarias y otras eventuales que sirven para hacer posible el arbitraje, prevenir sus extralimitaciones y dotar de eficacia a la decisión*” (FJ 2^o).
- [8] Declara esta relevante Sentencia que, “*conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que «este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo» (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1; 13/1997, de 27 de enero, F. 2). «Sólo en la medida en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1). (...) Debe concluirse, en consecuencia, que sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la SAP impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional*” (FJ 2^o).
- [9] LORCA NAVARRTE, A. M^a, “La propuesta del TC sobre la denominada «indagación razonable» que permite que las notificaciones o comunicaciones en el arbitraje se consideren recibidas”, en *Diario La ley*, núm. 6461, 2006, edición electrónica: diariolaley.es, consultada en noviembre de 2007, p. 5, quien partiendo de lo expresado por el Ponente de la anterior STC, Delgado Barrios, concluye que “las garantías del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no son trasladables al arbitraje salvo que esas garantías se proyecten o se hagan valer en actuaciones arbitrales para las cuales la ley de arbitraje prevea la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado”.

Sentencia de 2005 reza que, “conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que «este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo» (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1; 13/1997, de 27 de enero, F. 2). «Sólo en la medida en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1). (...) Debe concluirse, en consecuencia, que sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional” (FJ 2º).

Dicho lo anterior, y circunscribiéndonos ahora al arbitraje de consumo, consideramos de interés añadir que cierta doctrina española bajo la vigencia del anterior Real Decreto español regulador del sistema arbitral de consumo (el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo) defendía no plantearse en este arbitraje específico los aludidos problemas interpretativos a lo hora de considerar si cabía o no un recurso de amparo contra laudos dictados al amparo de tal Real Decreto. Y ello porque las juntas arbitrales de consumo, como órganos dependientes de las distintas Administraciones Públicas Territoriales, entran dentro de la categoría amplia de poderes públicos contemplada en el citado art. 41.2 de la Ley Orgánica del TC^[10]. Sin embargo, no parece defendible esta postura en la medida en que las juntas arbitrales se encargaban meramente de la administración y gestión del arbitraje, pero no ostentaban (ni ostentan bajo la vigencia de los arts. 5 y 6 del actual Real Decreto de 2008, como también sucede *ex arts.* 5 y 8 DSAC) funciones decisorias: éstas corresponden al órgano arbitral (actualmente, *ex art.* 18 RDSAC y art. 9 DSAC), sin duda carente de naturaleza administrativa o de ente público^[11].

[10] BADENAS CARPIO, J. M., *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*, Valencia, Conselleria de Sanitat i Consum, 1993, pp. 223 y 224.

[11] En similar sentido, aunque manifestando ciertas dudas, GARCÍA RUBIO, M^a P., “El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de consumo”, en *Revista de la Corte española de Arbitraje*, Vol. IX, 1993, p. 83, nota 14.

III. LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN EL ARBITRAJE

Tanto la LA (art. 17.1) como el DLA (art. 28.1) consagran la independencia e imparcialidad arbitrales^[12]. En virtud del primer precepto, “*todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial*”; y del segundo, “*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*”. Ello sin perjuicio de que otras disposiciones reconozcan estas garantías y velen por ellas, tales como los arts. 14.3 LA (recientemente añadido por la **Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado**) y 3.2 y 25.5 DLA.

De ahí que ambas legislaciones arbitrales establezcan que el árbitro ha de comunicar inmediatamente cualquier circunstancia que pueda poner en entredicho tales garantías (art. 17.2 LA y 28.2 DLA) y prevean su posible abstención y recusación, indicando sus motivos (art. 17 LA y 28 DLA) y articulando el correspondiente procedimiento para ello (art. 18 LA y 29 DLA).

Centrándonos en el arbitraje de consumo, también el RDSAC (art. 22) se ha preocupado por reconocer y garantizar expresamente estas notas e, inclusive, atendiendo a las particularidades de este arbitraje específico, ha previsto su propio procedimiento de recusación. Por su parte, también el art. 15 DSAC trata la abstención y recusación de los árbitros.

Estamos ante notas que, pese a su trascendencia, las respectivas legislaciones arbitrales no se han preocupado en definir. Podemos, sin embargo, estar a lo desarrollado sobre las mismas por la jurisprudencia y, especialmente, sobre la imparcialidad. Así, pues, veamos importantes resoluciones de los respectivos Tribunales Constitucionales que las han abordado.

Sabemos que para poder hablar de proceso es necesario que existan, al menos, dos partes frente un tercero imparcial que resuelve (juez o árbitro). De ello se desprende, lógicamente, que queda vedado que el juzgador sea a la vez “juez” o “árbitro” y parte, esto es, la obligación de imparcialidad del tercero. Tal obligación ha sido traducida por la STC español núm. 162/1999 (Sala 2ª), de 27 de septiembre (RTC 1999, 162), en dos reglas, a saber, una

[12] Sobre las mismas puede verse SOTO COAGUILA, C. A., “Arbitraje comercial internacional en el Perú: marco legal y jurisprudencial”, en AAVV, Conejero Roos, C.; Hierro Hernández-Mora, A.; Macchia, V. y Soto Coaguila, C., (Coord.), *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, La Ley, 2009, pp. 617 a 619.

consistente en que el juez no puede asumir en el proceso funciones de parte; y otra consistente en que el juez no puede mantener relación alguna con las partes de hecho o de derecho que pongan o puedan manifestar una toma de posición a favor o en contra de alguna de ellas. Estas notas de imparcialidad, derivadas del art. 24.2 de la Constitución Española^[13] (a cuyo tenor “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”), son perfectamente extrapolables y aplicables al arbitraje, de modo que también habrán de observarla tanto los árbitros como todos aquellos sujetos que, en el arbitraje institucional, intervengan en la gestión o administración del arbitraje^[14] (FJ 6º de la SAP -en adelante, SAP- de Madrid núm. 607/2005).

Si bien parece coherente aplicar analógicamente la jurisprudencia del TC sobre la imparcialidad judicial a la institución arbitral, el Alto Tribunal se ha encargado de precisar que esta garantía ha de observarse en el arbitraje porque así lo exige la Ley Arbitral, pero no porque así lo exija la Constitución. En concreto, según su Sentencia núm. 9/2005, de 17 de enero (RTC 2005, 9):

“Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de arbitraje de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación (...). Sin embargo, la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas -con el carácter de derechos fundamentales- del art. 24 CE, cuyas exigencias sólo rigen (...) para el proceso -actuaciones jurisdiccionales-” (FJ 5º).

[13] Repárese que este precepto reconoce, entre otros, el “*derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*”, lo que presupone un juez imparcial: sin éste no hay propiamente un proceso; imparcialidad, a su vez, integrante del derecho a un proceso debido reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982, de 26 de octubre de 1984, de 22 de junio de 1989 y de 20 de mayo de 1998).

[14] EGEA HERNANDO, J., “El tercero de confianza”, Ponencia presentada en el *Seminario sobre los sistemas alternativos de resolución de conflictos de consumo en España y en la Unión Europea* celebrado en Madrid de 11 y 12 de diciembre de 2006, disponible en http://cec.consumo-inc.es/cec/secciones/Actividades/Eventos/seminarios/2006/Madrid/Ponencias/Egea_Javier.doc, consultada en abril de 2008, pp. 2 y 3.

Se trata de consideraciones que, aunque relativas a la normativa de la anterior Ley española de Arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre), son perfectamente trasladables a la actual LA^[15], como contempla la propia STC; consideraciones, por otro lado, que son ciertamente criticables, pues se contraponen al repetido carácter de “*equivalente jurisdiccional*” del arbitraje tan reiteradamente declarado por el mismo TC y poco casan con sentencias como la mencionada de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 607/2005 u otras (como la de igual Audiencia núm. 381/2005 -Sección 14ª-, de 31 de marzo [JUR 2005, 178204], FJ 5º; o la de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 757/2005 -Sección 4ª-, de 16 de noviembre [JUR 2006, 8308], FJ 3º) que, en su línea, estiman la nulidad del laudo por contravenir el orden público^[16] (téngase en cuenta que la LA, a diferencia del DLA, contempla en el art. 41.1.f) la vulneración del orden público como un posible motivo o causal de anulación del laudo, sin limitarlo a la infracción del orden público internacional en arbitrajes internacionales como hace el art. 61.1.f) DLA).

Y decimos que “poco casan” porque si, como hemos venido defendiendo en distintos trabajos siguiendo la línea jurisprudencial^[17], el orden público se integra por los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos y la imparcialidad arbitral es una garantía reconocida *ex lege* pero no por el art. 24.2 de la Constitución Española, difícilmente pueda defenderse la aludida vulneración del orden público. Y es que hay que advertir al respecto que la jurisprudencia menor, al conocer de acciones de anulación de laudos (especialmente, dictados en arbitrajes comunes con consumidores -distintos al de consumo- y, por tanto, sin las garantías de éste -fundamentalmente, sin su gratuidad-) no siempre se apoya en la jurisprudencia comunitaria existente (fundamentalmente, en la crucial Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006, de la que “tímidamente” se desprende que la normativa protectora de los consumidores integra el orden público^[18]) a

[15] Pues regula expresamente los “*motivos de abstención y recusación*” (art. 17) de los árbitros y el “*procedimiento de recusación*” (art. 18), siendo esta última previsión novedad introducida por la actual LA. En efecto, la LA de 1988 nada decía sobre el procedimiento de recusación, limitándose a señalar los casos y motivos por los que cabía la abstención y recusación de los árbitros (arts. 12.3 y 17 LA de 1988), con algunas diferencias con respecto a la nueva regulación que no exponemos por exceder del objeto de este trabajo.

[16] Conviene apuntar que también hay resoluciones de la jurisprudencia menor que confirman la denegación del despacho de la ejecución del laudo por contravenir el orden público debido a la inobservancia de dicha imparcialidad por tal institución.

[17] Por ejemplo, en nuestra obra “La anulación del laudo arbitral de consumo: especial referencia a los motivos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 19, 2009, edición electrónica: www.iustel.com, p. 19.

[18] Por lo que ahora interesa, el Tribunal de Justicia (ahora -llamado- de la Unión Europea) considera en esta Sentencia que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre

la hora de analizar, argumentar o justificar la nulidad de laudos dictados con ocasión de cláusulas abusivas en contratos suscritos con consumidores (como la de sometimiento a arbitrajes comunes antes de surgir el conflicto). Así, algunas resoluciones de Audiencias Provinciales, si bien igualmente llegan a la conclusión de que contrarían el orden público y con base en tal motivo declaran la nulidad del laudo, incluso apreciándola de oficio, lo hacen por haberse puesto en entredicho la imparcialidad de la asociación administradora del arbitraje. Y es que ocurre en estos casos que es la citada institución la encargada de redactar los modelos de contrato, entre cuyas cláusulas está la arbitral de sometimiento al arbitraje por ella misma administrado (SAP de Madrid núm. 607/2005 -Sección 14ª-, de 30 de junio [JUR 2005, 221261], FJ Sexto^[19]).

las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, “*debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación*” (apartado 39º). Tal Tribunal también expresa en igual sentencia que “*no obstante, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo (véase, en este sentido, la sentencia Eco Swiss. [TJCE 1999, 110], antes citada, apartado 37)*” (apartado 35º); de lo que, como hemos indicado, se deduce el carácter de orden público de la mencionada normativa.

- [19] En tal sentido, declara esta Sentencia que no existe la imparcialidad objetiva necesaria para la buena llevanza del proceso arbitral si esta asociación “*prepara los contratos para las empresas del sector a instancias de esas mismas empresas*” bajo la fórmula de contratos de adhesión y erigiéndose como única institución competente para arbitrar el conflicto, esto es, “*la asociación administradora del arbitraje juzga a través de sus árbitros contratos que ella misma ha confeccionado a instancia de sus clientes más poderosos*”. Estas dudas de imparcialidad aumentan geométricamente considerando que probablemente los mismos redactores de los modelos de contrato son los árbitros que posteriormente resuelven los conflictos derivados de los mismos (FJ 6º). A ello añade tal Sentencia que “*es indudable que existe una estrecha conexión entre estos y la asociación, pues, tras examinar, en el ejercicio de la jurisdicción, un amplio número de laudos cuyo procedimiento arbitral ha sido administrado por AEADE, vemos que se repiten los árbitros designados, ello, también, nos permitirá entender que la falta de imparcialidad que venimos denunciando se extiende a los propios árbitros y que, por tanto, el laudo también es nulo por ser contrario al orden público*” (FJ 7º). Esto nos lleva “a pensar que se trata de instituciones cuyos criterios de selección de posibles árbitros no resultan claros” (vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral”, en AAVV, *La nueva Ley de Arbitraje*, Madrid, Fernández Rozas, J. C. (Dir.), Editorial CGPJ, 1ª Ed., 2006, p. 372, quien señala la deslealtad a la independencia de los árbitros junto a la deslealtad hacia el convenio arbitral y hacia el procedimiento como excepciones a la regla general del buen funcionamiento del arbitraje.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta la importante -y desde nuestro punto de vista criticable- doctrina sentada en la citada STC 9/2005, es trascendental apuntar que, fuera de estos supuestos de arbitrajes con consumidores (en que, cabría considerar las cláusulas abusivas como integrantes del orden público atendiendo a la crucial Sentencia citada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, por tanto, declarar de oficio la nulidad del laudo), lo cierto es que la falta de imparcialidad arbitral también puede dar lugar a la anulación del laudo arbitral con base en otro de los motivos del art. 41.1 LA, a saber, “*que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley*” (letra d).

Como ha indicado relevante doctrina y concedora de la institución arbitral, este motivo podría ser aducido, entre otros casos, cuando concurren posibles supuestos que den lugar a la recusación de los árbitros, así como cuando el tercero (sea la institución arbitral u otra persona, física o jurídica) incumple las condiciones establecidas por las partes, o delimitadas legalmente, para la designación de los árbitros^[20]. En este sentido, no sólo cabría anular el laudo cuando, p. ej., hay una relación íntima o profesional del árbitro con una de las partes sino también cuando la institución arbitral encargada de designar al árbitro o árbitros (p. ej., la Cámara de Comercio) lo hace sin sujeción al principio y derecho de igualdad de las partes (art. 24.1 LA), designando a cierto árbitro del que puedan predicarse dudas respecto de su imparcialidad (arts. 14.3 LA). Si bien hasta hace poco tan solo existía el art. 24.1 LA, en virtud del cual “*deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos*”, tras la reforma operada por la ya citada Ley 11/2011, de 20 de mayo, se ha añadido un apartado 3º al art. 14, que postula que “*las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia*”. Ahora bien, para que proceda la estimación de estos motivos por falta de imparcialidad e independencia será necesario denunciar tal defecto tan pronto como sea conocida, en tiempo y forma. De no ser así, se considerará que las partes renuncian “*a las facultades de impugnación previstas en esta Ley*” (art. 6 LA).

Expuesto todo lo anterior, centrémonos ahora en el tratamiento jurisprudencial de estas notas (independencia e imparcialidad) por el TC peruano que, como se verá unas líneas *infra*, difiere de la postura que acabamos de mantener.

[20] BARONA VILAR, S., “Comentario al artículo 41. Motivos”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Barona Vilar, S. (Coord.), Thomson-Civitas, 2004, pp. 1405 y 1407.

Como bien ha indicado este Tribunal, la independencia debe entenderse como la capacidad autodeterminativa 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 (Sentencia núm. 0023-2003-AI/TC); se trata, en definitiva, de la sumisión exclusiva al imperio de la ley. Y, por lo que se refiere a la imparcialidad, el TC peruano ha dicho que ésta “*se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo, pudiendo entenderse desde dos acepciones: a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso. b) Imparcialidad objetiva, 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*” (FJ 15° de la STC núm. 02851-2010-PA/TC, de 15 de marzo de 2011, Caso Ivesur, S.A.). Esta misma Sentencia, recordando Sentencias anteriores, expresa y matiza que “*en lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, ésta se refiere a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso. Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo. (STC núm. 00197-2010-PA/TC, fundamento 16)*” (FJ 21°); y que “*al lado de la dimensión subjetiva, este Colegiado también ha destacado que el principio de imparcialidad tiene una dimensión objetiva 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 (STC N.º 00197-2010-PA/TC, fundamento 17)*” (FJ 22°). Por último, siguiendo con la imparcialidad, conviene indicar como pautas a seguir en sede arbitral que “*una de las partes no podrá considerar violado su derecho al juez imparcial por el hecho de que su contraparte efectúe el nombramiento de uno de los árbitros, y viceversa*”; pero que sin embargo, “*las garantías que derivan de derecho a ser juzgado por un juez arbitral imparcial, por el contrario, son plenamente aplicables, incluso bajo la teoría de la apariencia, cuando el nombramiento de los miembros (alguno o algunos) del tribunal arbitral la efectúa una institución ajena a las partes del convenio que permite su constitución*” (STC núm. 06149-2006-PA/TC y 06662-2006-PA/TC (acumulados), de 11 de diciembre de 2006, FJ 61° y 62); pautas a las que también se refiere la repetida y reciente Sentencia de 2011 (vid. voto singular del Magistrado Álvarez Miranda).

Pues bien, en esta última Sentencia, si bien confirma la necesidad ya tratada de agotar las vías judiciales (ordinarias) previas para la procedencia del recurso

de amparo, sin embargo entiende que, en un supuesto en el que se alega la falta de imparcialidad, tanto del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (por la participación del Vocal Alonso Rey Bustamante -quien había prestado servicios profesionales a una de las partes en litigio- en la designación del árbitro Jorge Vega Velasco) como del Tribunal Arbitral (por la participación del citado árbitro), no hay motivos expresamente previstos entre los *numerus clausus* recogidos en la Ley General de Arbitraje (Ley núm. 26572).

Compartimos el parecer del TC (si bien mayoritario, pues adviértase que existen tres votos discrepantes particulares o singulares; en concreto, de los Magistrados Álvarez Miranda, Vergara Gotelli y Urviola Hani) reflejado en esta Sentencia, con los precedentes ya indicados, sobre la teoría de la apariencia, de forma que “*demostrar la falta de imparcialidad subjetiva es particularmente difícil toda vez que supondría, en algunos casos, la necesidad de ingresar en la mente del juzgador; de allí que cobre absoluta relevancia el aforismo recogido en innumerable jurisprudencia: justice must not only be done; it must also be seen to be done*” (FJ 30º). Sin embargo, discrepamos en lo que se refiere a la no existencia de motivos (causales, según terminología peruana) en los que poder fundar la acción (recurso, según terminología peruana). Así, dice “*no es posible, sin desfigurar intensamente la norma legal, admitir que se había previsto el recurso de anulación como vía previa para la instalación del proceso de amparo cuando se cuestiona un asunto constitucional relacionado esencialmente con la independencia en la actuación del CSA al tramitar y emitir las resoluciones cuestionadas y a la derivada presunta parcialidad del árbitro Jorge Vega Velasco en la tramitación del caso arbitral 967-107-2004, al haber sido designado éste por Vocales del CSA quienes habrían sido influidos en su tarea de elección del árbitro en cuestión*” (FJ 8º). Y discrepamos ya se trate de la derogada Ley núm. 26572 como del vigente DLA, pues en ambas normas se recoge la posibilidad de anular el laudo (arts. 63.1.c)^[21] y 73.3^[22], respectivamente) en términos semejantes a los ya expuestos del art. 41.1.d) LA y tengamos presente

[21] Recordemos que según este precepto es causal de anulación “*que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicho disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente*”.

[22] Recordemos que a tenor de este precepto es motivo de anulación “*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*”.

que también estas normas contemplan toda una serie de reglas para garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros e, inclusive, expresamente se proclama la necesidad de que las instituciones arbitrales velen por estas garantías. Así, ex art. 25.5 DLA, “*la Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad*” (garantías que también debían observarse en caso de nombramiento judicial de los árbitros ex art. 103 de la Ley núm. 26572).

Si bien no son pocos los argumentos aducidos por los Magistrados disidentes de la mayoría (entienden que no procede la demanda, entre otras causas, por no haber agotado las vías ordinarias previas, incluso precisando que la teoría de la apariencia debió aplicarse para evaluar la actuación del árbitro Jorge Vega Velasco y no de una persona que no intervino como tal en el proceso de arbitraje, sin que -por otra parte- sea suficiente un simple indicio o apariencia, debiendo quedar acreditada la parcialidad; porque no concurre imparcialidad subjetiva; porque la garantía de la imparcialidad, propia del fuero ordinario, sólo puede asimilarse del fuero arbitral al ordinario; por la falta de legitimidad para obrar activa de las personas jurídicas -sociedad mercantil- y por la falta de recusación u oposición alguna a la designación del señor Jorge Vega Velasco como árbitro), lo cierto es que ninguno de ellos trata la postura que hemos defendido.

IV. LA CONTROVERTIDA “*INDAGACIÓN RAZONABLE*” EN LA NOTIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

1. *Introducción*

Los principios de igualdad, contradicción y audiencia, que han de estar presentes en todo proceso judicial en garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución Española y a que no se cause indefensión, igualmente deben ser respetados en todo arbitraje (art. 24.1 LA) y, por tanto, también en el de consumo (art. 41.1 RDSAC), a pesar de ser un proceso “*sin formalidades especiales*” (art. 57.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), como reiteradamente se ha preocupado de manifestar la jurisprudencia menor al conocer de laudos arbitrales de consumo^[23]. Y especialmente

[23] Entre otras, pueden citarse: la SAP de Vizcaya (Sección 6ª), de 11 de marzo de 1993 (AC 1993, 416), FJ 5º; SAP de Guipúzcoa 25/2005 (Sección 1ª), de 7 de febrero (TOL 613.003),

en la garantía del principio de contradicción o audiencia tiene fundamental relevancia el observar unas correctas notificaciones de los actos procesales. Como pergeña la SAP de Sevilla de 6 de junio de 1992 (AC 1995, 952)^[24], “*el TC ha destacado reiteradamente la importancia de la comunicación de las decisiones judiciales, siendo ello de aplicación también al procedimiento arbitral, puesto que las notificaciones, citaciones y emplazamientos <<son establecidos por las leyes procesales para garantizar, a los litigantes o a aquéllos que deban o puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de modo que mediante la puesta en su conocimiento del acto o resolución que los provoca, tengan la posibilidad de disponer lo conveniente para defender en el proceso los derechos e intereses cuestionados y su falta coloca al interesado en una situación de indefensión que es lesiva al derecho fundamental citado (...)>>*” (FJ 6º).

En tal línea de consideraciones, no ha de extrañar que ante la inobservancia de cualquiera de estos principios quepa instar la anulación del laudo al amparo del art. 41.1.b) o incluso, f) LA^[25] (y lo mismo podría decirse con respecto al art. 63.1.b)^[26] DLA dada la similar -casi idéntica- regulación a la del art. 41.1.b) LA). Y, así, son abundantes las sentencias de Audiencias Provinciales que han anulado laudos por la falta de notificaciones o por haberse practicado éstas incorrectamente, incluso bajo la vigencia de la anterior LA española de 1988 (*ex art.* 45.2 y 5).

Centrándonos en las dictadas bajo la vigencia de la LA de 2003, cabe citar la SAP de Guipúzcoa 25/2005 (Sección 1ª), de 7 de febrero (TOL 613.003), declarando la nulidad del laudo arbitral al constatar la ausencia de notificación del acto de la audiencia a la empresa reclamada (FJ 4º); en igual sentido, la SAP de Madrid 123/2006 (Sección 21ª), de 28 de febrero

FJ 2º; SAP de Barcelona 92/2006 (Sección 15ª) de 22 de febrero (JUR 2007, 196887), FJ 5º; SAP de Málaga 505/2006 (Sección 4ª), de 29 de septiembre (JUR 2007, 123949), FJ 2º.

[24] Resulta también especialmente ilustrativa la SAP de Madrid (Sección 10ª), de 15 de junio de 2002 (JUR 2002, 211700), que, con respecto al motivo de anulación del laudo que anteriormente preveía el art. 45.2 de la LA de 1988 dice que “*no significa otra cosa que la infracción en el procedimiento arbitral de los principios constitucionales de defensa y contradicción que informan toda actividad procedimental, tanto en el ámbito jurisdiccional como arbitral, en este último caso recogidos expresamente por el art. 21 de la citada Ley cuando dice que el procedimiento arbitral se ajustará en todo caso a lo dispuesto en esta Ley, con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes*” (FJ 3º).

[25] A tenor literal de estas normas (art. 41 LA): “*1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (...)* f) *Que el laudo es contrario al orden público*”.

[26] Según la redacción de este precepto, “*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*”.

(JUR 2006, 149732), al no constar ni siquiera “*una resolución acordando el señalamiento*” (FJ 2º); la SAP de La Coruña núm. 456/2007 (Sección 3ª), de 30 de noviembre (AC 2008, 83931), FJ 2º, o la SAP de Toledo (Sección 2ª) núm. 191/2009, de 30 de junio (JUR 2009, 376081), FJ 1º, que anulan el laudo por idéntico motivo.

2. El “confuso” artículo 5 de la Ley de Arbitraje española

Si es cuestión unánimemente admitida la posible anulación de estos laudos por indefensión debida a una falta de notificación de una citación u otra actuación arbitral (así como la de denegar el despacho de la ejecución del laudo cuando no haya sido notificado al condenado, pues es requisito imprescindible presentar, entre otros, el documento acreditativo de la notificación del laudo al ejecutado para la procedencia de dicho despacho *ex art. 550.1.1^o[27] de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -en adelante, LEC-), no lo es tanto la de qué notificaciones respetan los aludidos principios procesales (especialmente, el de contradicción o audiencia) y, en tal sentido, se consideran correctas.*

En efecto, se constata una cierta inseguridad jurídica derivada del distinto entendimiento o interpretación llevada a cabo por las Audiencias Provinciales para apreciar si se ha causado o no indefensión atendiendo al medio empleado para llevar a cabo la notificación y en el supuesto de citaciones intentadas pero fallidas (y, en su caso, anular o no el laudo). Estamos ante una inseguridad jurídica que, si bien podía justificarse bajo la vigencia de la anterior Ley de Arbitraje de 1988 al carecer de regulación alguna sobre cómo realizar las notificaciones en el procedimiento arbitral, lamentable e injustificadamente ha seguido existiendo bajo la LA vigente. Y ello a pesar de haber introducido *ex novo* un claro -confuso, según otros- precepto relativo al modo en que se han de realizar las notificaciones en el procedimiento arbitral. Tal precepto es el art. 5 (bajo la rúbrica “*notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos*”), que dice literalmente (reproducimos la “controvertida” parte del mismo que ahora nos interesa): “*Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:*

[27] Según el art. 550, sobre “*documentos que han de acompañar a la demanda ejecutiva*”:

“1. A la demanda ejecutiva se acompañarán:

1. El título ejecutivo, salvo que la ejecución se funde en sentencia, decreto, acuerdo o transacción que conste en los autos.

Cuando el título sea un laudo, se acompañarán, además, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes”.

- a) *Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario (...)*”.

Como puede verse, los problemas interpretativos que seguidamente se expondrán en relación con el art. 5 LA son susceptibles de plantearse en el ordenamiento jurídico peruano teniendo en cuenta la casi idéntica regulación de la letra a) del art. 12 DLA. Dice este precepto (sobre “notificaciones y plazos”): “Salvo acuerdo en contrario de las partes, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a. *Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en el domicilio señalado en el contrato o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Si no pudiera determinarse, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales conocidos del destinatario.*
- b. *Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada”.*

Se ve, pues, que los citados preceptos comienzan, en sintonía con el fomento de la autonomía de la voluntad de las partes presente a lo largo de toda la LA y DLA, otorgando la posibilidad a las mismas de pactar una forma de “notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos” distinta a la contenida

subsidiariamente^[28]. No hay nada que objetar al respecto. Resulta loable esta solución, en íntima conexión con la importancia de la voluntad en todo arbitraje y la flexibilidad que lo preside, frente a la rigidez del procedimiento judicial. Ha sido correcto dar entrada, una vez más, a la autonomía de la voluntad, siempre limitada por la observancia de los principios procesales esenciales. Así, si las partes acordaran el proceder en la notificación de las actuaciones arbitrales de determinado modo (por ejemplo, por correo certificado en determinado domicilio y franja horaria o por correo electrónico) y el mismo no se observase, cabría instar la anulación del laudo finalmente dictado con base en el ya conocido art. 41.1.d) LA (sin perjuicio, claro está, de que también pudiesen alegarse por indefensión los motivos previstos en la letra b) y f) de tal precepto)^[29].

Pero, por otro lado -y esto es lo que fundamentalmente ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina-, la normativa subsidiaria que contempla tal precepto contiene, a su vez, una norma principal y otra subsidiaria para realizar tales notificaciones y comunicaciones, habiendo sido redactada esta segunda utilizando el concepto jurídico indeterminado “*indagación razonable*”, que otorga un amplio margen de interpretación, y equiparando la efectiva realización de las mismas con el intento. De ahí que esta segunda regla también haya sido objeto de interpretaciones dispares por la jurisprudencia menor^[30], hasta el

[28] GUZMÁN FLUJA, V., “Comentario al artículo 5. Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos”, en AAVV, Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), Barona Vilar, S. (Coord.), Thomson-Civitas, 2004, pp. 191 y 192, apuntando que “la regulación del arbitraje deja un amplísimo margen de maniobra a la disponibilidad y la autonomía de las partes, no sólo para acogerse a este sistema heterocompositivo de solución de conflictos, sino para diseñar su régimen procedimental, dentro del cual se encuentra el sistema de comunicaciones y cómputo de plazos”; siguiéndole, ISCAR DE HOYOS, J., “Notificaciones y comunicaciones en la vigente Ley de Arbitraje. Validez del artículo 5 a)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XV, núm. 692, 1 diciembre 2005 (BIB 2005, 2346), p. 2; BARONA VILAR, S., “Dudas sobre la constitucionalidad del régimen de notificaciones y comunicaciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2006, p. 51.

[29] Tenemos presente que difícilmente prosperaría la anulación de un laudo por la simple inobservancia del procedimiento sobre notificaciones pactado por las partes si no se ha causado indefensión. Así, resoluciones como el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 195/2008 (Sección 13ª), de 12 de junio (JUR 2008, 377218), han entendido que no procede la apelación del auto que inadmitía la demanda de ejecución del laudo a pesar de que tal laudo había sido notificado a la ejecutada en domicilio distinto al pactado en el convenio arbitral argumentando que “*no hay duda de que la notificación se hizo a la propia demandada*” (FJ 2º) aun en otro domicilio del designado en aquél. Asimismo, habría que tener en cuenta todas aquellas resoluciones judiciales que exigen que se haya causado indefensión para que proceda anular un laudo que ha sido dictado de forma irregular o inobservando alguna norma formal.

[30] SENÉS MOTILLA, C., *La intervención judicial en el arbitraje*, Madrid, Civitas Ediciones, 1ª Ed., 2007, p. 179, quien cita a pie de página (nota 32) distintas sentencias de Audiencias

punto de haberse planteado una cuestión de inconstitucionalidad por la posible vulneración por parte de este art. 5 LA de los arts. 9^[31], 14^[32] y 24^[33] CE; cuestión resuelta por el Auto del TC 301/2005, de 5 de julio (RTC 2005, 301).

Aunque dicha cuestión fue inadmitida a trámite, el Alto Tribunal correctamente ha entendido que *“estamos ante una norma clara que no incide ni en la vertiente objetiva -certeza- ni en la subjetiva -previsibilidad- del principio de seguridad jurídica, toda vez que «aparece redactada con la suficiente claridad como para eliminar cualquier sombra de incertidumbre acerca de su contenido y alcance»*” (FJ 3º). Se ha dicho que el TC en el citado Auto perdió la “gran oportunidad de dejar zanjado el asunto definitivamente”, dejando sin definir el calificativo *“indagación razonable”*, cuestión -según el TC- que corresponde a la jurisdicción ordinaria, y sin resolver “otras cuestiones, como la validez del correo certificado o de cualquier medio aunque no sea fehaciente y esté pactado por las partes”; lo que no ha evitado la falta de uniformidad interpretativa ni contribuido a conseguir la previsibilidad inherente a toda seguridad jurídica^[34].

Provinciales que niegan el despacho de la ejecución considerando que el mero intento de entrega o remisión no suple la notificación y otras que acceden al mismo sin perjuicio de la posible oposición posterior del ejecutado.

[31] Dice el art. 9:

“1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

[32] Reza este art. 14 que *“los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.*

[33] Postula el art. 24:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

[34] ISCAR DE HOYOS, J., “Notificaciones...”, op. cit., pp. 5 y 6.

No obstante, lo cierto es que al TC no le faltaban argumentos, siguiendo los del Fiscal General del Estado, para inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad por ser notoriamente infundada (art. 37.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC), ya que el distinto tratamiento de las notificaciones en sede arbitral y vía judicial está plenamente justificado en la simplificación o flexibilidad propias de la primera vía, sin que ello implique *a priori* estar ante un sistema que merme garantías, lo que deberá concluirse en el caso concreto por los tribunales ordinarios cuando aprecien que, en defecto de acuerdo de las partes sobre las notificaciones, los árbitros no han observado una indagación razonable empleando los medios a su alcance para lograr conocer un lugar efectivo para practicar las notificaciones^[35]. En este sentido, existen pertinentes resoluciones que, precisamente amparándose en que el aludido Auto del TC inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, “*recalcando la prevalencia en el arbitraje de la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes a la que se ponen pocos límites imperativos*”, han reforzado su postura de que el art. 5 LA, en defecto de acuerdo para la práctica de notificaciones y comunicaciones, no contiene “*una enumeración excluyente de la forma en que deban efectuarse*” (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 195/2008 -Sección 13ª-, de 12 de junio [JUR 2008, 377218], FJ 2º)^[36].

En cualquier caso, a pesar del adecuado Auto del TC, no faltan autores que siguen planteándose la dudosa constitucionalidad del art. 5 LA arguyendo que “se opone a toda la amplia doctrina del TC sobre las garantías de las comunicaciones de los actos judiciales”^[37]. Pero se ha de insistir en que, aunque el arbitraje esté reconocido constitucionalmente como un equivalente jurisdiccional, ello no implica, atendida su flexibilidad, que deba regularse, respecto a sus medios, por la LEC^[38], en contra de lo que ya se venía entendiendo bajo la vigencia de la anterior Ley de Arbitraje ante la ausencia de regulación arbitral.

[35] En este sentido, GUZMÁN FLUJA, V., “Comentario al artículo 5...”, op. cit., esp. pp. 215-221; BARONA VILAR, S., “Dudas...”, op. cit., esp. pp. 55, 59 y 60.

[36] Entre su argumentación, destaca que “*el artículo 37, apartado 7, de modo específico, respecto a la notificación del laudo reitera la preferencia de la voluntad de las partes sobre tal extremo, al decir: <<los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado...>>, sin precisar ni condicionar su validez a que la entrega sea personal y directa, excluyendo la eficacia de la practicada a través de correo, telégrafo u otro medio técnico que permita tener constancia de la recepción del acto o resolución objeto de comunicación*”.

[37] SUÁREZ ROBLEDANO, J. M., “El juez de control del arbitraje: anulación y revisión del laudo”, en AAVV, *La nueva Ley de Arbitraje*, Madrid, Fernández Rozas, J. C. (Dir.), Editorial CGPJ, 1ª Ed., 2006, pp. 208 y 209, añadiendo que un laudo así notificado, causando indefensión, constituiría motivo de anulación del mismo (pp. 208 y 234).

[38] ISCAR DE HOYOS, J., “Notificaciones...”, op. cit., pp. 4 y 6.

Así, según la SAP de Burgos 431/2004 (Sección 3ª), de 29 de octubre (JUR 2005, 53489), considerando la práctica habitual tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, ante la ausencia de normas precisas sobre la forma en que debían hacerse los actos de notificación, se venía interpretando que los mismos debían ajustarse en lo posible a las normas procesales comunes^[39]. En este sentido, la anterior SAP de Jaén núm. 125/2003 (Sección 3ª), de 24 de abril (JUR 2003, 218404), lejos de admitir cualquier sistema de comunicación, reconocía la validez y eficacia de la carta certificada con acuse de recibo *“por cuanto asegura el conocimiento de la resolución de que se trata, garantizándose de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva, que se protege mediante una real comunicación al interesado, tal y como el TC viene manteniendo para los actos judiciales de comunicación (STC 195/90, de 29 de noviembre, entre otras muchas)”* (FJ 1º).

Abundando en esta perspectiva, existen numerosas resoluciones según las cuales comunicación fehaciente que permita calificarla de correcta y que impida instar la anulación o la denegación del despacho de la ejecución del laudo, es aquella que permite tener constancia de su contenido y de su efectiva puesta en conocimiento del destinatario. Sirva como ejemplo el Auto de la AP de Madrid 335/2005 (Sección 10ª), de 8 de noviembre (JUR 2006, 28903), FJ 5º; o el Auto de la AP de Madrid (Sección 25ª) 16/2007 de 26 de enero (JUR 2007, 156722), FJ 3º y 4º, indicando que *“la propia naturaleza del laudo arbitral, como resolución que dirime la controversia suscitada entre las partes y cuya eficacia es equiparable a la de una sentencia, obliga a mantener en su notificación las mismas garantías que son legalmente exigibles para las sentencias”*^[40]. En íntima

[39] Y, en consecuencia, conforme al art. 161.2 LEC, si el destinatario de la comunicación es hallado en su domicilio pero se niega a recibir la copia de la resolución o la cédula, el funcionario actuante dejará constancia en la diligencia de dicha negativa, extremo que en el caso de autos acredita el secretario de la institución arbitral (FJ 2º). De este modo, la falta o deficiente realización del emplazamiento a quien ha de ser o puede ser parte en el proceso coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española), *“salvo que la situación de incomunicación procesal sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, pese a tener conocimiento por otros medios distintos de su existencia (STC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4(...))”* (SAP de Toledo -Sección 2ª- núm. 191/2009, de 30 de junio [JUR 2009, 376081], FJ 2º). Véase, en similar sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 12ª- núm. 81/2009, de 10 de febrero [JUR 2009, 155038], FJ 2º, diciendo que *“si la ejecutada no recogió los avisos postales dejados en su buzón, sólo es por causas a ella imputables, pero que no afectan a que se deba estimar notificado el laudo”*.

[40] Y es que, de acuerdo con el art. 497.2 LEC, la notificación del laudo ha de hacerse obligatoriamente de forma personal en los términos indicados por el art. 161 de dicha norma, esto es, mediante entrega de un ejemplar firmado del mismo, *“conclusión que se ve reforzada por lo establecido en el art. 37.7 de la nueva LA de 23 de diciembre de 2003”* (Auto de la AP de Madrid 179/2007 -Sección 25ª- de 24 de septiembre [JUR 2007, 329669], FJ 3º). En conse-

relación, según la SAP de Madrid núm. 522/2007 (Sección 10ª), de 31 de octubre (JUR 2007, 40586), citando la doctrina constitucional sobre las garantías inherentes al derecho de defensa^[41], en la LA (arts. 24 y 30) existe un acogimiento explícito de esta doctrina, precisando que no pueden considerarse cumplidas cuando tan sólo consta un intento de notificación por correo con acuse de recibo pero no la recepción de su contenido (FJ 2º); como tampoco aun constando dos intentos de notificación (SAP de Málaga núm. 505/2006 -Sección 4ª-, de 29 de septiembre [JUR 2007, 123949], FJ 2º).

Pero, como bien dice la citada SAP de Burgos, aunque refiriéndose a la concreta y nueva regulación de la LA de 2003 (no aplicable al caso), el fax figura, entre otros, como una de las formas viables y admisibles para constatar el envío y recepción de la cédula y llevar a cabo una correcta notificación de los actos (FJ 2º). Por consiguiente, no cabe anular el laudo con base en que la parte no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales al haberse utilizado aquel medio.

Quizá los aludidos -y, desde nuestro punto de vista- injustificados problemas interpretativos y los diversos procederes de las Audiencias Provinciales, tanto al conocer de la acción de anulación como de los recursos de apelación contra los autos no accediendo al despacho de la ejecución de laudos, podrían haberse evitado en parte si el art. 5 LA se hubiese redactado en la línea de la modificación a la letra a) del art. 5 del Proyecto de LA de 2003^[42] propuesta por

cuencia, cuando “no se justifica, en modo alguno, y con un mínimo de certeza, el contenido de dicho envío; ni se justifica, tampoco, haberse efectuado la preceptiva entrega a la parte condenada del oportuno ejemplar del Laudo; forzoso es concluir, con el juzgador a quo, que no consta acreditada la notificación en forma del Laudo Arbitral” (FJ 4º).

[41] Dice esta Sentencia que “el principio constitucional del proceso debido o con garantías -inherente al orden público procesal- exige que todo procedimiento sea cohonorable con las exigencias del derecho de defensa, evitando todo escenario jurídico permeable a un contexto de indefensión. La jurisprudencia constitucional (por todas STC 19/2004 ha diseñado los contornos del derecho de defensa). Mantiene que debe garantizar el derecho a acceder al proceso y los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales. Esta consideración impone a los órganos decisorios, entre otras exigencias, un deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa (por todas, STC 18/2002). Sólo de esta manera se preserva un conocimiento, por parte de quienes ostentan algún derecho o interés, de la existencia de un proceso, permitiendo con ello que se encuentren en condiciones idóneas de impetrar la protección de sus posiciones jurídicas (por todas, STC 26/1999)” (FJ 2º).

[42] El texto de dicho Proyecto coincidía literalmente con el texto de la posteriormente aprobada LA, salvo en lo relativo al posible empleo de medios de comunicación modernos, como los electrónicos o telemáticos.

la enmienda núm. 65 del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso de los diputados y por la enmienda núm. 75 del Grupo Parlamentario en el Senado de Convergencia i Unió (GPCIU). Ésta pretendía la exigencia de un segundo intento de entrega para que la notificación infructuosa pudiese equipararse a la efectiva, como ocurre en los procedimientos administrativos^[43]. Efectivamente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se muestra más rígida en materia de notificaciones que el art. 5.a) LA, fundamentalmente al decir que “*las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado*” (art. 59.1.1º)^[44] y exigir un segundo intento de notificación “*en una hora distinta dentro de los tres días siguientes*” (art. 59.2^[45]) e, incluso, la publicación edictal del acto cuando la notificación intentada no se pudo practicar (art. 59.5^[46]).

[43] Ambas enmiendas proponían la siguiente redacción: “*En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada por segunda vez su entrega de manera infructuosa, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario*”, justificándola en que “*el proyecto asimila la notificación intentada una sola vez a la entregada en determinados supuestos. Esto no ocurre ni tan siquiera en el ámbito del procedimiento administrativo, que exige un segundo intento en día y hora diferentes. Debe tenerse en cuenta que los poderes públicos, cuando tramitan procedimientos de cualquier tipo, disponen de la posibilidad de publicar edictos conteniendo notificaciones, lo cual sin ser muy fiable si resulta formalmente garantista. Dado que esto tampoco se contempla en el borrador, si parece razonable prever al menos un doble intento infructuoso-de notificación efectiva*”. El citado Grupo Parlamentario Catalán también basaba su justificación en el “pleno respeto a la seguridad jurídica” (vid. Vid. BOCG, III Legislatura, Congreso, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de noviembre de 2003, núm. 173-8, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_173-08.PDF, consultada en febrero de 2008, p. 49).

[44] Repárese que, entre estos medios, cabría incluir los electrónicos, afortunadamente regulados en la **Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos**.

[45] Art. 59.2: “*En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes*”.

[46] Art. 59.5: “*Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el .Boletín Oficial del*

3. *El régimen especial de notificaciones en el sistema arbitral de consumo.*

- A) Los problemas interpretativos ante el silencio del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, durante su vigencia. La aplicación supletoria del artículo 5 de la Ley de Arbitraje

El originario y anterior Real Decreto regulador del sistema arbitral de consumo, a saber, el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo (en lo sucesivo, ARDSAC), nada decía en cuanto al régimen de las notificaciones en este arbitraje sectorial. En este sentido, partiendo de la naturaleza administrativa de las juntas arbitrales de consumo^[47] y de sus actos, encargadas de practicar las notificaciones (en concreto, el secretario -art. 11.4^[48] ARDSAC-) podría barajarse, por su conveniencia, la posibilidad de aplicar supletoriamente la repetida Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en lugar de la LA (entonces, la LA vigente era la Ley 36/1988, de 5 de diciembre).

Pero, ante el silencio del ARDSAC, que sólo contemplaba expresamente en su art. 17.2^[49] la remisión a lo dispuesto en la LA para la notificación del laudo y nada decía sobre el resto de actuaciones arbitrales, la Ley de aplicación supletoria al mismo debía ser la LA (art. 1^[50] ARDSAC y art. 1.3^[51] y Disposición Adicional Única^[52] de la LA) y no aquella.

Estado., de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cuál sea la Administración de la que proceda el acto a notificar; y el ámbito territorial del órgano que lo dictó”.

- [47] Autores como ROCA MARTÍNEZ, J. M^a, “El sistema arbitral de consumo”, en *Actualidad y Derecho*, núm. 38, 1993, p. 317, ya señalaban que “las juntas arbitrales de consumo son órganos esencialmente administrativos, téngase en cuenta que dependen de una Administración Pública (-local, provincial o autonómica -art. 3.4-)”. Igualmente, GARCÍA RUBIO, M^a P., “El arbitraje...”, op. cit., p. 86; LORCA NAVARRETE, A. M^a, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 500. Pero ha de notarse que ante el silencio del ARDSAC era ésta (la naturaleza de las juntas arbitrales de consumo y sus actos) una cuestión polémica en la doctrina.
- [48] A tenor de este precepto, “*el Secretario de la Junta Arbitral de Consumo actuará como tal en el colegio arbitral, con voz pero sin voto, facilitando el oportuno soporte administrativo y siendo el responsable de las notificaciones. En caso necesario, la Junta Arbitral podrá designar secretario, entre personal al servicio de las Administraciones públicas previamente nombrados al efecto por la Administración pública de la que dependa dicha Junta*”.
- [49] Postulaba este artículo que “*la notificación, corrección y aclaración de términos, así como la anulación y ejecución de los laudos se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje*”.
- [50] El art. 1 de este Real Decreto decía que “*el sistema arbitral de consumo se rige por el presente Real Decreto y, en lo no previsto en él, por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje*”.
- [51] Reza este precepto: “*Esta Ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras Leyes*”.
- [52] Según ésta, sobre “*arbitrajes de consumo*”, “*esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores*

El problema que se planteaba era el relativo al alcance de la aplicación supletoria de la LA, esto es, a si debía aplicarse preferentemente el acuerdo al respecto de las partes, dando entrada a su voluntad conforme al criterio principal de la LA e imponiendo a la junta arbitral de consumo un determinado proceder en la práctica de las notificaciones o había que estar directamente a lo previsto en la propia LA para los casos de ausencia de acuerdo de las partes sobre tal extremo. Así, mientras algunos autores mostraban sus dudas sobre si debía darse cabida alguna a la voluntad de las partes^[53], otros se mostraban reacios a tal entendimiento y únicamente consideraban aplicables al arbitraje de consumo las previsiones del art. 5 LA sobre los posibles medios a través de los cuales efectuar las notificaciones de las actuaciones arbitrales^[54]. Partiendo de la aplicación supletoria de la LA sin limitación alguna, nada parecía impedir estar, en primer lugar, a la voluntad de las partes. Aunque somos conscientes de que en el momento de redactarse el RD de 1993 no se pudo pensar en aplicación supletoria alguna de la LA en la medida en que la anterior LA no regulaba las notificaciones y, por otro lado, cabría cuestionarse hasta qué punto esta primacía de la libertad es compatible con las características esenciales del arbitraje de consumo (fundamentalmente, la gratuidad y gestión por instituciones públicas).

En cualquier caso, se hacía precisa ante esta incertidumbre jurídica una previsión expresa que aclarara la misma en sede de arbitraje de consumo.

y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho”.

- [53] MARÍN LÓPEZ, M. J., Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas”, en *Revista de Derecho Privado*, Año núm. 90, Mes 9-10, 2006, edición electrónica: <http://www.uclm.es/ccesco/investigacion/2006/15.pdf>, consultada el 28.1.07, p. 63, manifiesta sus dudas, en concreto con respecto a la notificación del laudo.
- [54] SAMANES ARA, C., “El procedimiento en el arbitraje de consumo a la luz de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”, en *Cuadernos de Consumo*, núm. 27, 2006, disponible en <http://www.aragon.es/consumo/bibliodigital/CuadernoConsumo27.pdf>, consultada el 13.03.07, p. 33, se muestran a favor de la aplicación de la LA, pero matizando que “en el arbitraje de consumo, y por ser institucional, estas cuestiones no son objeto de acuerdos de las partes, de modo que resultan de aplicación en todo caso, y ante el vacío del RDSAC, las disposiciones del citado art. 5”. A favor de que se puedan aplicar al arbitraje de consumo las ventajas introducidas por el art. 5 LA, haciendo valer medios de todo tipo para notificar y comunicar las actuaciones arbitrales (por ejemplo, correo certificado) siempre que permitan enviar y recibir documentos y dejen constancia de su remisión y recepción, se encuentran igualmente autores como PALAO MORENO, G., “Comentario a la Disposición Adicional Única. Arbitrajes de consumo”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Barona Vilar, S. (Coord.), Thomson-Civitas, 2004, p. 1632; CASADO CERVIÑO, A., “El arbitraje de consumo”, en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2006, pp. 389-430, edición electrónica: http://authn.laley.net/comun/cgi-bin/imprimir_actualidad.pl?http://authn.laley.net/ra_civic/2006/r04c_2006_af_1.html, consultada el 3.1.07, p. 22.

B) La pertinente previsión expresa del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero

Tras la entrada en vigor del nuevo RDSAC las cosas son, afortunadamente, bien diferentes, porque éste sí contiene una adecuada o, mejor, aclaratoria previsión expresa al respecto. Dice literalmente el art. 50 RDSAC, sobre la “*notificación de las actuaciones arbitrales y del laudo*”:

“La notificación de las actuaciones arbitrales, incluido el laudo, se realizará, a falta de acuerdo de las partes conforme a la práctica de la junta arbitral de consumo, según lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Repárese que el citado precepto, al igual que el art. 5.a) LA^[55], contiene dos normas, una principal y una subsidiaria con respecto a los criterios que han de regir las notificaciones. Pero, mientras la norma principal coincide con la establecida por la LA, esto es, la voluntad de las partes^[56], la subsidiaria, aplicable “*a falta de acuerdo de las partes*”, consiste en la observancia por parte de la junta arbitral de consumo de lo previsto en la citada Ley 30/1992^[57], que exige un segundo intento en día y horas diferentes, aportándose así una mayor concreción. Esta última solución resulta acorde con la expresa y afortunadamente declarada naturaleza administrativa de las juntas arbitrales de consumo^[58] y sus

[55] No así lo han entendido autores como LORCA NAVARRETE, A. M^a, *La Nueva Regulación del Arbitraje de Consumo. Real Decreto 231/2008 de 15 de Febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2008, p. 96. Y de ahí que critique que al nuevo SAC no se le aplique “el régimen de notificaciones del art. 5 LA que, al menos, emplea el concepto de <<indagación razonable>> en orden a que se considere recibida una notificación. El problema es que, con el RDSAC de 2008, no va a haber ni <<indagación razonable>>”.

[56] El nuevo RD cambia así de criterio en relación con lo dispuesto en las normas que lo proyectaban. Así, el Borrador disponía que las notificaciones se llevarían a cabo conforme a la citada Ley 30/92 (art. 7.3), solución que también se desprendía del Proyecto, cuyo art. 2 *in fine* declaraba aplicable supletoriamente a la actividad administrativa de las juntas arbitrales la Ley 30/92, sin dar entrada alguna a la autonomía de la voluntad. En este sentido, ABELLÁN TOLOSA, L., ha destacado “lo complejo de articular en la realidad” que puede ser considerar la voluntad de las partes (así lo manifestaba en su Ponencia “Principales novedades del procedimiento y repercusiones en la práctica del Arbitraje de Consumo”, Ponencia presentada en el *Seminario sobre Arbitraje de Consumo: Nuevas figuras*, celebrado en el Colegio Notarial de Valencia el 9 de septiembre de 2008, inédita).

[57] Vid. BARONA VILAR, S., “El laudo arbitral: motivación, plazos y causas de anulación. El laudo conciliatorio”, op. cit., p. 284.

[58] GUZMÁN FLUJA, V., advierte que no es que las juntas arbitrales de consumo “no tuvieran este carácter en la regulación anterior, sino que entonces no se decía expresamente” (vid. “Consideraciones sobre el procedimiento arbitral de consumo: trámite de audiencia, reconciliación, mediación y acumulación de procedimientos”, en AAVV, *Resolución de conflictos*

actos y con la práctica de las notificaciones de éstos que, según el art. 7.3 RDSAC, corren a cargo del secretario y se ha de efectuar conforme a los arts. 58 y siguientes de la Ley 30/1992^[59].

Por tanto, como señala la propia Exposición de Motivos o Preámbulo del vigente RDSAC, “*se flexibilizan los requisitos de la notificación de las actuaciones arbitrales estando al acuerdo de las partes y estableciendo la aplicación supletoria de la Ley 30/1992*”. En consecuencia, a partir del RDSAC de 2008, y sólo en defecto de pacto de las partes sobre el modo de practicarse las notificaciones arbitrales, podrá reputarse de incorrecta o inexistente una notificación de un laudo arbitral de consumo cuando así pueda considerarse con base en la aludida Ley (arts. 58 y siguientes) y en lo que sobre la misma ha interpretado la jurisprudencia (especialmente, cabe tener presente la doctrina fijada por la Sección 15ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de 28 octubre 2004 [RJ 2004, 6594], según la cual la expresión “*en una hora distinta*” determina la validez de cualquier notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación).

Dicho todo ello, deben realizarse las siguientes precisiones. Y es que lo anteriormente expuesto lo ha sido en relación con la tramitación de arbitrajes que podríamos denominar “tradicionales”. Pero el nuevo RDSAC, siguiendo la línea de fomento de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, ha introducido como novedad el arbitraje de consumo electrónico, esto es, el tramitado desde principio a fin de forma virtual u *on line*, incluyendo las propias notificaciones; así como la posibilidad “*de la utilización por las juntas arbitrales de consumo o los órganos arbitrales de medios electrónicos para facilitar las comunicaciones o para la realización de actuaciones arbitrales concretas*” (art. 51.1). Y, en este sentido, ha dedicado, junto al mencionado art. 50 sobre notificaciones de las actuaciones arbitrales en el arbitraje de consumo tradicional, un precepto específico (el art. 54) a regular las notificaciones en este concreto tipo de arbitraje de consumo o practicadas por vía electrónica. Dicho precepto se encuentra en íntima re-

en materia de consumo: proceso y arbitraje, González Pillado, E. (Coord.), Tecnos, 2009, p. 246).

[59] En efecto, según el art. 7.3, el secretario de la junta arbitral de consumo “*garantizará el funcionamiento administrativo de la junta, siendo responsable de las notificaciones de los actos de la Junta, que se efectuarán conforme a lo dispuesto en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*” y, según el art. 18.2.i), corresponde al secretario arbitral, “*realizar las notificaciones de las actuaciones arbitrales*”; secretario que “*será el secretario de la Junta Arbitral de Consumo o el designado por el presidente de la Junta Arbitral de Consumo, entre el personal que preste servicios en ella, con carácter permanente o para un procedimiento o procedimientos concretos*” (art. 18.2 *in fine*).

lación con la aplicación supletoria que el propio RDSAC (art. 3.3^[60]) declara de la **Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos**, con respecto al arbitraje electrónico y a los actos realizados por esta vía^[61]; Ley cuya Sección II del Capítulo III del Título II (arts. 27 y 28) permite a las Administraciones Públicas la realización de comunicaciones y notificaciones electrónicas si así lo consiente expresamente el ciudadano, y señala, entre otras cosas, que “*las comunicaciones a través de medios electrónicos serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas*” (art. 27.3).

El mencionado art. 54 postula:

“Las notificaciones se realizarán en la sede electrónica designada por las partes a tales efectos, entendiéndose realizadas a todos los efectos legales el día siguiente a aquél en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación.

No obstante, si el notificado no hubiera accedido al contenido de la actuación arbitral transcurridos diez días desde la fecha y hora en que se produjo su puesta a disposición, la notificación se considerará que se ha intentado sin efecto, procediéndose a la publicación edictal en las sedes electrónicas de las juntas arbitrales de consumo adscritas al arbitraje de consumo electrónico”.

Verdaderamente, este art. 54, en la línea del art. 5.a) LA e, incluso, del art. 50 RDSAC de respetar al máximo la autonomía de la voluntad de las partes y el pacto sobre la práctica de la notificación de las actuaciones arbitrales, les otorga la facultad de elegir una dirección o sede electrónica y designarla a los efectos de que se practiquen allí todas las notificaciones. Ahora bien, dicho todo esto, nadie pasa por alto que, pese haberse efectuado correctamente la notificación en la sede electrónica señalada al efecto, puede ocurrir que no se acceda al contenido de la misma, sea o no voluntariamente. Pues bien, para tal caso y, en concreto, si han transcurrido diez días exactos desde su puesta a disposición, el RDSAC contempla expresamente como solución la

[60] Art. 3.3: “*El arbitraje electrónico y los actos realizados por vía electrónica, en lo no previsto expresamente en esta norma, se regirá por lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*”.

[61] La supletoriedad de esta Ley constituye una manifestación del “deseo de constituir toda una administración virtual”, como expresamente manifestaba MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., en su Ponencia “Nuevas figuras del arbitraje”, Ponencia presentada en el *Seminario sobre Arbitraje de Consumo: Nuevas figuras*, celebrado en el Colegio Notarial de Valencia el 9 de septiembre de 2008, inédita.

de proceder a su publicación en las sedes electrónicas de las juntas arbitrales de consumo^[62].

En este sentido, si la junta arbitral de consumo prescinde de la aludida publicación edictal y se llega a dictar laudo, cabría instar su anulación al no partirse de un supuesto rechazo sino de una posible indefensión, pudiéndose alegar el art. 41.1.b) (por no haber sido la parte debidamente notificada de las actuaciones arbitrales), d) (por no haberse ajustado el procedimiento arbitral de consumo lo dispuesto en el RDSAC) o, incluso, f) (por vulneración del orden público procesal).

Concluimos, pues, este apartado considerando que el cada vez más fácil acceso de los ciudadanos a las nuevas tecnologías, muy probablemente lleve a que la vía electrónica (en concreto, el correo electrónico) pase a ser el medio normal de efectuar las notificaciones dadas sus ventajas, sea por estar ante un arbitraje de consumo electrónico conforme al art. 54 o haberlo consentido o acordado las partes para facilitar las notificaciones en un arbitraje de consumo tradicional, sea porque las partes así lo hayan acordado con base en el art. 50 con respecto a las actuaciones arbitrales. Y, en cualquier caso, deberá ser ésta la vía observada por la junta arbitral de consumo. Si la junta no la observa y llega finalmente a dictarse laudo, cabría instar su anulación, además de al amparo de las letras b) y f) del art. 41.1 LA, por haberse causado indefensión, con base en la letra d) del mismo precepto, al haberse vulnerado lo dispuesto por el RSACD al regular el procedimiento arbitral y, conforme a tal regulación, lo convenido por las partes.

Por último, para finalizar, centrándonos ahora en el ordenamiento jurídico peruano y, más exactamente, en el DSAC, se advierte que éste no da entrada de forma expresa a la voluntad de las partes en la notificación de las actuaciones arbitrales, con la única salvedad de manifestar su voluntad para que se lleve a cabo por vía electrónica. Así, el DSAC se limita a atribuir a las juntas arbitrales de consumo esta función (art. 8.e)^[63], previsión que ciertamente no casa muy bien con el art. 21.4 de igual norma, que postula que “*los órganos arbitrales [fijese que se refiere a los árbitros y no a las juntas arbitrales] podrán hacer uso de medios electrónicos para la notificación de las distintas actuaciones del procedimiento arbitral cuando las partes así lo hayan solicitado*”. Por su parte, el art. 25.5 establece que “*los laudos arbitrales deben ser notificados a las partes en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de su emisión*”; plazo que, sin em-

[62] Para más detalles sobre el particular puede verse el Capítulo tercero (apartado II, 4), A) de nuestra obra *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

[63] En virtud de este precepto, las juntas arbitrales de consumo tienen encomendada la función -entre otras- de “*notificar los laudos arbitrales, así como cualquier otra decisión u otro acto de trámite de los órganos arbitrales*”.

bargo, no se precisa por el RDSAC, de forma que, en defecto de acuerdo por las partes, dada la remisión a la Ley 30/1992, cabe entender que deberá ser de 10 días (art. 58.2^[64] de esta Ley) “*hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos*” (art. 48.1.1º).

Ahora bien, el problema reside en que el silencio legal podría conducir a la aplicación supletoria del art. 12 DLA (art. 2 DSAC) y, por tanto, permitir la entrada de la autonomía de la voluntad. Estamos ante la misma incertidumbre jurídica que hemos visto ya se planteó bajo la vigencia del ARDSAC; incertidumbre que también se suscita por guardar el DSAC silencio acerca de la naturaleza de las juntas arbitrales de consumo (quizá por su claro carácter administrativo, que se desprende del art. 139^[65] de la Ley núm. 29571 -Código de Protección y Defensa del Consumidor- y, especialmente, del art. 5.1^[66] DSAC) y la forma en que tales juntas han de proceder a tales efectos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Parece que todo arbitraje o proceso arbitral, como proceso que es, debería observar todas las garantías constitucionales propias de todo proceso judicial. En este sentido, el TC peruano oportunamente ha ido más allá que el español, llegando a defender que estas garantías, entre las que se encuentra la imparcialidad, integran el derecho fundamental al debido proceso. Así lo recuerda, p. ej., en su reciente Sentencia 02851-2010-PA/TC, de 15 de marzo de 2011 bajo los términos de que “*en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del TC; así como los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su*

[64] Postula este artículo, que “*toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado*”.

[65] Art. 138: “*Los órganos arbitrales son los encargados de resolver los conflictos de consumo. Están integrados por árbitros nominados por los representantes de los sectores empresariales interesados, las organizaciones de consumidores y usuarios, y la administración*”.

[66] Así, indica que “*las Juntas Arbitrales son los órganos constituidos al interior de entidades de la administración pública, cuya finalidad consiste en organizar el Sistema de Arbitraje de Consumo y promoverlo entre los agentes del mercado y los consumidores de su localidad. Asimismo, se encargan de brindar servicios administrativos y de secretaría técnica a los órganos arbitrales, lo que implica prestar el personal de apoyo, la infraestructura y el soporte financiero que resulte necesario para su funcionamiento*”.

condición de supremo intérprete de la Constitución (STC N° 1567-2006-PA/TC)” (FJ 16°).

Esta postura que defendemos, según la cual en el arbitraje han de observarse las mismas garantías constitucionales que integran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SAP de Valencia núm. 674/2002 -Sección 6ª-, de 11 de octubre [JUR 2003, 14579], FJ Segundo), que sin embargo no comparte el TC español (su Sentencia núm. 9/2005, de 17 de enero, es clara al respecto, al indicar que las garantías del arbitraje derivan de la propia LA y no de la Constitución), es coherente con el tan aludido carácter de “*equivalente jurisdiccional*” del arbitraje, manifestado, entre otros aspectos, en que todo laudo tiene igual fuerza de cosa juzgada que las sentencias (art. 43 LA). Y también está en consonancia, en el ordenamiento jurídico peruano, con la mencionada concepción del arbitraje como jurisdicción (si bien de excepción) y la igual fuerza de cosa juzgada del laudo (art. 59.2 DLA); y de ahí que los laudos arbitrales puedan ser revisables en sede constitucional cuando se haya vulnerado el debido proceso adjetivo o formal y cuando el proceso arbitral no se haya llevado de acuerdo con el debido proceso material o sustantivo^[67]. Y es que, en efecto, como pergeña la ya citada Sentencia 04972-2006-PA/TC, “*la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (Artículo 4)” (FJ 18°).*

Ahora bien, ello no significa que la única forma de respetar tales garantías sea articular el procedimiento arbitral del modo en que lo están los procesos judiciales en todos sus aspectos (p. ej., en materia de notificaciones). De ser así, desde nuestro punto de vista, llegaríamos a un absurdo: ¿qué sentido tendría, entonces, prever una regulación arbitral caracterizada precisamente por primar la autonomía de la voluntad y la simplificación de los procedimientos en aras de conseguir una justicia más rápida y eficaz? Creemos que ninguno.

[67] LANDA, C., “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del TC”, Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Arbitraje, Lima, 2007. Centro de **Análisis** y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, citado por *Ronald Dworkin*, op. cit.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE DE CONSUMO ON LINE EN ESPAÑA

LIDIA MORENO BLESA*

SUMARIO: **I.** *Cuestiones previas.* **II.** *La distinción del arbitraje de otras figuras similares.* **III.** *El arbitraje de consumo telemático, online o virtual.* 3.1. *¿Es posible el convenio arbitral digital?* 3.2. *El desarrollo del procedimiento virtual.* 3.3. *La emisión del laudo.* **IV.** *Consideraciones finales.*

I. CUESTIONES PREVIAS

La expansión económica derivada de la mundialización de las transacciones ha generado un incremento de la conflictividad comercial. La actuación del ordenamiento jurídico privado, en los casos en que respecto del mismo se plantean cuestiones litigiosas civiles disponibles, no sólo es posible a través de la vertiente de la función jurisdiccional que llevan a cabo los órganos investidos de la potestad jurisdiccional única e indivisible, denominados *Juzgados y Tribunales*, sino que también es posible que la actividad de llevar a cabo la resolución jurídica de las cuestiones litigiosas civiles pueda ser realizada *extrajudicialmente* a través de sujetos o personas que, sin hallarse investidas por el Estado de la potestad jurisdiccional, lleven a cabo la resolución de aquélla^[1]. Estas dos

* Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Europea de Madrid.

[1] Además, dicha resolución extrajudicial goza de un sistema de garantías procesales que han de ser asumidas por el árbitro, en la línea del reconocimiento de un fundamental <derecho al debido proceso sustantivo>. Como garantías del proceso arbitral se encuentran los principios de audiencia bilateral, contradicción e igualdad, que se acomodan bien a las garantías constitucionales jurisdiccionalizadas, recogidas en el art. 24 de la Constitución Española. Al respecto, *Vid.* LORCA NAVARRETE, Antonio María y SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *Derecho de arbitraje español. Manual Teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Dykinson, 1994, pp. 27 y 28.

vías de resolver los conflictos se ponen a disposición de los particulares porque, en un Estado de Derecho, jueces y árbitros son constitucionalmente socios en la Administración de Justicia, sin que ello haga perder a cada uno su posición señalada por el ordenamiento jurídico: los jueces y magistrados ejercen su auctoritas y potestas por voluntad de la ley, mientras que los árbitros, careciendo de potestas, desarrollan su autoridad por deseo de las partes en litigio, como consecuencia del ejercicio de su autonomía contractual^[2]. En cualquier caso, los árbitros tienen la responsabilidad de decidir un litigio en justicia; los Jueces, por su parte, prestan su apoyo y controlan su decisión, a la que dotarán de su única e inderogable potestad ejecutiva. No existe confrontación ni superposición de ámbitos, entonces, sino ejercicio de los mismos derechos, dentro del sistema de garantías constitucionales^[3]. Hay muchos tipos de procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, pero son los sistemas de arbitraje, donde los llamados árbitros resuelven la controversia en unas ocasiones con arreglo a derecho y en otras resolviendo con arreglo a equidad, los que podríamos considerar sistemas de resolución extrajudicial de litigios más garantistas o efectivos.

En un mercado liberalizado como el actual es necesario asegurar la protección de los consumidores cuando entablan relaciones jurídicas en una posición de inferioridad. A lo que debe añadirse, el escaso valor que normalmente tienen las reclamaciones de consumo y que incita a la no persecución de los incumplimientos. Por lo tanto, restablecer el equilibrio de las prestaciones e implantar procedimientos de bajo coste para resolver los pleitos de los particulares deben constituir los dos objetivos principales de la regulación sustantiva y procesal de consumo. Centrará especialmente nuestra atención el arbitraje de consumo on line por ser una vía rápida y económica de solución de conflictos para los consumidores. En este sentido, la tutela que el ordenamiento jurídico ha dispensado a los consumidores no sólo ha tenido un desarrollo a nivel nacional, sino fundamentalmente a escala comunitaria. Fue a raíz del Consejo Europeo de Tampere, en octubre de 1999, cuando la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea se convierte en una prioridad política para los Jefes de Estado y de Gobierno de los entonces Quince miembros y se señala, además, en el apartado 30 de las conclusiones de la Presidencia que los países comunitarios deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos. Fruto de es-

[2] En este sentido, las partes en litigio actual o potencial, presente o futuro, pueden en el ejercicio de su libertad optar por una solución judicial o por una de carácter arbitral, quedando en cualquier caso el control jurisdiccional a modo de garantía del eficaz cumplimiento de la voluntad de las partes. De esta manera se manifiesta CREMADES, Bernardo M., “Convenio de Bruselas y arbitraje”, *Diario la Ley*, año XX, número 4752, jueves, 11 de marzo de 1999.

[3] *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y ARTUCH IRIBERRI, E.: “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre 1996)”, *R.C.E.A.*, 1997, p. 305.

tos planteamientos se adoptó el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil presentado por la Comisión^[4].

De entrada, el Libro Verde nos ofrece la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos, entendiéndolo que designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido. Resulta sorprendente que el documento que estamos analizando no incluya al arbitraje dentro de las modalidades alternativas de solución de conflictos. La razón principal que esgrime la Comisión es considerar al arbitraje un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia. En cualquier caso, conviene puntualizar que las modalidades alternativas de solución de conflictos aparecen designadas bajo el acrónimo que, en la práctica, tiende a imponerse universalmente y que se conoce como “ADR” por “Alternative Dispute Resolution”. Por su parte, los métodos para la resolución alternativa de litigios que se desarrollan en línea, en el seno de la llamada Sociedad de la Información, y que se han aplicado a la solución de conflictos relacionados o no con el comercio electrónico, se encuentran catalogados bajo el acrónimo “ODR” por “Online Dispute Resolution”. Se trata, en ambos casos, de facilitar el acceso a la justicia a través de una vía diferente a la de los tribunales.

En efecto, la aparición de los ADR y de su homólogo en línea, ODR, constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países^[5]. Estas dificultades tienen su razón de ser en la enorme cantidad

[4] Doc. COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002. Por lo que se refiere a los motivos que justifican la existencia de libros verdes en el contexto de la Unión Europea, es preciso tener en cuenta que el mecanismo comunitario de elaboración normativa tiene habitualmente como punto de partida una amplia consulta sobre las cuestiones, predominantemente jurídicas, que plantea el nuevo instrumento jurídico que se pretenda elaborar y que sirve de apoyo a la preparación definitiva de las medidas legislativas que se adopten. Este es por tanto el sentido y razón de existir de los denominados en el ámbito comunitario europeo <libros verdes>. Estamos en consecuencia, en el particular caso de las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, todavía en un estadio legislativo incipiente, sin disponer a día de hoy de ninguna propuesta de Directiva en la materia, pero sí al menos ante un bosquejo de los planes políticos comunitarios al respecto. En definitiva el Libro Verde comunitario de 2002 es una muestra más de un nuevo umbral en la práctica ciudadana de la resolución de los conflictos como es el acceso a las convencionalmente denominadas ADR, ceñido únicamente, eso sí, al ámbito civil y mercantil. *Vid.* MARTÍN DIZ, F., “Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos”, en la obra colectiva coordinada por VELARDE ARAMAYO, M^a.S., *Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 77.

[5] Así, por ejemplo, en España, se esgrimen una serie de críticas sobre la justicia, como son la lentitud, la insuficiente dotación de jueces y de medios materiales modernos para agilizar la

de litigios que se sustancian ante los tribunales, que producen la dilación en el tiempo de los procedimientos y el consiguiente aumento de los gastos. Si esta situación es particularmente dramática en los litigios domésticos, se agudiza en los transfronterizos, generados estos últimos en el ámbito del mercado interior, donde se han intensificado los intercambios y la movilidad de los ciudadanos y, por ende, se han multiplicado los conflictos entre nacionales de Estados miembros diferentes o entre residentes en dichos Estados. A lo que se añaden aspectos a menudo complejos de conflictos de leyes y de órganos jurisdiccionales así como dificultades derivadas de los idiomas y de los recursos económicos elevados que se han de utilizar en los procedimientos. Por consiguiente, las vías alternativas a los tribunales, ADR y ODR, constituyen un complemento del acceso a la justicia. Permiten a las partes entrar en conversaciones, que de otro modo no se hubieran producido, y decidir por sí mismas la conveniencia de acudir a la instancia judicial. Este enfoque consensual evita el enfrentamiento entre las partes, genera un proceso de aproximación, donde los terceros no toman ninguna decisión, y buscan la solución más conveniente para ambas. Con estos datos es posible pensar que, una vez resuelto el conflicto voluntariamente, el diálogo establecido por las partes incrementa las posibilidades de que preserven una relación amistosa y viable entre ellas en el aspecto comercial. Se trata, en definitiva, de procedimientos que se caracterizan por su flexibilidad, ya que las partes tienen libertad para decidir si recurren a un ADR, pueden elegir la organización o persona que se encargará del proceso, también están facultadas para fijar el procedimiento a seguir, participando en su tramitación personalmente o por medio de representante y, por último, deciden el resultado de las actuaciones.

A los procedimientos que se desarrollan en línea ha dedicado la Unión Europea parte de sus esfuerzos políticos. En concreto, en el Consejo Europeo de Lisboa, celebrado el 23 y 24 de marzo de 2000, se pidió especialmente al Consejo y a la Comisión que reflexionaran sobre cómo promover la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, en particular mediante sistemas alternativos de solución de diferencias^[6]. Este propósito se confirmó en el Con-

tramitación y, además, la existencia de unas normas procesales excesivamente formalistas reinterpretadas por las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales que acentúan al máximo el garantismo y que hacen del juez un sujeto sometido a la admisión de cualquier documento de las partes. Todo ello prolonga de forma excesiva la lenta marcha del proceso y se traduce en que la *dimensión formal* o prestacional de la justicia no se imparte con eficacia. En este sentido se expresa FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva”, en la obra colectiva coordinada por VELARDE ARAMAYO, M^a.S., *Introducción al Derecho del arbitraje...*, *op.cit.*, p. 309.

[6] Apartado 11 de las conclusiones de la Presidencia emitidas en el Consejo Europeo de Lisboa, los días 23 y 24 de marzo de 2000. Las conclusiones se pueden encontrar en <http://www.consilium.europa.eu> (página web consultada en agosto de 2011).

sejo Europeo de Santa María Da Feira, de junio de 2000^[7], con la aprobación del “Plan de acción eEurope 2002: una sociedad de la información para todos”, que en su tercer objetivo, titulado “Estimular el uso de Internet”, se pide a las empresas y a las organizaciones de consumidores que lleven a cabo un esfuerzo sustancial para desarrollar la autorregulación y los sistemas alternativos de solución de diferencias. Posteriormente, se adoptó el “Plan de acción eEurope 2005: una sociedad de la información para todos”^[8], que se inscribe en una estrategia encaminada a convertir a la Unión Europea en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica, con avances en materia de empleo y de cohesión social, para el 2010. Para conseguirlo, Europa deberá contar en 2005, entre otros, con un entorno dinámico de negocios electrónicos, que incluya el establecimiento de un mercado interior de los servicios de la sociedad de la información, así como varias iniciativas no legislativas encaminadas a fomentar la autorregulación, en particular en el campo de la <ciberconfianza> y de la resolución de litigios en línea (ODR). Por último, la iniciativa “i2010-Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo”^[9] representa el nuevo marco estratégico de la Comisión Europea en el ámbito de la sociedad de la información y de los medios de comunicación. Aunque no hace una mención expresa a la resolución extrajudicial de conflictos on line, las tres prioridades que persigue permiten entender que implícitamente se incluye. Al respecto, el plan se centra esencialmente en la consecución de los siguientes propósitos: un espacio europeo único de la información, fomentando un mercado interior abierto y competitivo para la sociedad de la información y los medios de comunicación; el refuerzo de la innovación y de la inversión en el campo de la investigación en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC); y una sociedad europea de la información basada en la inclusión que concede prioridad a la mejora de los servicios públicos y de la calidad de vida.

En conexión con lo que se acaba de señalar, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sienta las bases de la estrategia comunitaria en materia

[7] En concreto, en el apartado 22 de las conclusiones de la Presidencia se establece lo siguiente: “El Consejo Europeo ha respaldado el Plan de Acción global “eEurope 2002” y ha solicitado a las Instituciones, a los Estados miembros y a todos los demás agentes que garanticen su plena aplicación a su debido tiempo, antes de 2002, y, preparen planes a más largo plazo para una economía basada en el conocimiento que fomente la inclusión en la sociedad de la información y disminuya las desigualdades en cuanto a la utilización de las tecnologías de la información”. Las conclusiones se pueden encontrar en <http://www.consilium.europa.eu> (página web consultada en agosto de 2011).

[8] Doc. COM (2002) 263 final, de 28 de mayo de 2002.

[9] Doc. COM (2005) 229 final, de 1 de junio de 2005.

de política de los consumidores para el quinquenio 2002-2006^[10]. La importancia de este documento estriba en los tres objetivos a medio plazo que han de alcanzarse. Si bien, el primero y el tercero se orientan a conseguir un alto nivel común de protección de los consumidores y a incrementar la participación de las organizaciones de consumidores en las políticas comunitarias; es el segundo el que centra nuestra atención. El argumento que puede esgrimirse para justificar este planteamiento se basa en que el segundo objetivo pretende la aplicación eficaz de las normas sobre protección de los consumidores y, en especial, de las destinadas a la resolución alternativa de litigios. Esto último se explica porque, una vez que ha surgido un litigio, recurrir a las vías de recurso tradicionales no siempre resulta práctico ni rentable, tanto para los consumidores como para las empresas. Sustituyendo a la estrategia anterior, hay que referirse a la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, que establece la estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores para el período 2007-2013^[11] y que lleva por título “Capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz”. El nuevo escenario que se vislumbra en el futuro inmediato pone su énfasis en la llegada de la revolución del comercio electrónico, que supone la transformación del potencial de integración de los mercados minoristas en la UE, dando un estímulo importante a la competitividad y ampliando las oportunidades para los ciudadanos de la UE. Ahora bien, para que este entorno tecnológico arraigue en los consumidores es necesario que todos ellos vean reforzada su confianza en las compras realizadas fuera de sus Estados miembros de origen y, así, puedan beneficiarse del mercado interior. Para conseguirlo, el documento hace hincapié, entre otras, en una acción concreta. Se trata de reforzar el seguimiento y fomentar el uso de los sistemas de resolución alternativa de contenciosos. La idea latente en este propósito se centra en que los particulares tengan la seguridad de que si surge algún problema dispondrán de vías de recurso eficaces, ya que los litigios en materia de consumo requieren de unos mecanismos a la medida que no impongan unos costes y retrasos desproporcionados al valor en juego.

Con todo lo que se ha dicho hasta el momento, se entiende que la Comisión haya puesto en marcha diversas iniciativas para promover medios de resolución de los litigios sencillos, baratos y eficaces. A la clasificación de los mismos dedicaremos, a continuación, las líneas que siguen. En concreto, los trabajos comunitarios han procurado distinguir dos grandes categorías de modalidades alternativas de solución de los conflictos a los cuales los consumidores pueden recurrir para solucionar sus problemas con los profesionales:

[10] Doc. COM (2002) 208 final, de 7 de mayo de 2002.

[11] Doc. COM (2007) 99 final, de 13 de marzo de 2007.

- La Recomendación de 30 de marzo de 1998^[12] se refiere a los procedimientos que conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución. Se podría decir que, en estos casos, el tercero encuentra por sí mismo una solución, que presenta a continuación a las partes. Para ello, la recomendación enuncia siete principios mínimos que deben respetar los órganos competentes: independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.
- Por su parte, la Recomendación de 4 de abril de 2001^[13] se aplica a los órganos responsables de procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo que buscan resolver un litigio mediante una aproximación de las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo. Se trata de procesos en los cuales el tercero ayuda a las partes a buscar un acuerdo, sin por ello pronunciarse de manera formal sobre la solución que podría aportarse al litigio. Los principios que deben respetar las entidades que actúan en este campo son solamente cuatro: imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. Es evidente que nos encontramos ante procedimientos menos productivos a la hora de acabar con los problemas que los que otorgan un protagonismo activo al tercero.

En ambos casos debe quedar claro que las Recomendaciones analizadas excluyen los mecanismos de reclamación en materia de consumo gestionados por una empresa y en los que interviene directamente el consumidor, o en los que un tercero ejerce esta función en nombre de la empresa, puesto que forman parte de las discusiones habituales entre las partes previas al planteamiento de cualquier litigio, cuya resolución se encomendaría a un órgano independiente de resolución de litigios o a un órgano judicial. Resulta destacable el inventario de los órganos responsables para la solución extrajudicial de litigios relacionados con el consumo que los Estados miembros comunicaron a la Comisión por ajustarse a las dos Recomendaciones precitadas. En concreto, España sólo ha comunicado hasta el momento organismos que se adaptan a la Recomendación de 1998, es decir, entidades en las que el tercero encuentra por sí mismo una solución, que presenta a continuación a las partes. Actualmente, entrarían dentro de esta catalogación las Juntas Arbitrales de Consumo, en el marco del sector público, y la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCENTRO), en el contexto del sector privado. En consecuencia, lo que no se ha comunicado han sido organismos en los que el tercero ayuda a las partes a

[12] DO L 115 de 17 de abril de 1998.

[13] DO L 109/56 de 19 de abril de 2001.

buscar un acuerdo, sin por ello pronunciarse de manera formal sobre la solución que podría aportarse al litigio, y que se circunscriben a la Recomendación de 2001. Con todo, el panorama de la solución extrajudicial de litigios en España nos permite identificar distintos mecanismos para que los particulares puedan conseguir el arreglo de sus controversias de consumo, en lugar de acudir a la tradicional vía de los tribunales. Dedicaremos una especial atención al arbitraje de consumo, y en particular al que se desarrolla a través de Internet, en tanto en cuanto se está erigiendo actualmente en un método eficaz de solventar los problemas jurídicos de los particulares.

Debemos advertir que el sistema arbitral de consumo y también el que se desarrolla por medios electrónicos han sido objeto recientemente de una novedosa regulación. El Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regulaba el sistema arbitral de consumo^[14] y que ha estado en vigor 15 años, ha sido sustituido por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero^[15], que entró en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, habiendo tenido lugar dicha publicación el 25 de febrero de 2008. No obstante, hay una excepción a la *vacatio legis* prevista de seis meses, en el caso de los arts. 25 y 27 del Real Decreto, ya que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 26 de febrero de 2008^[16]. En cualquier caso, el Real Decreto 231/2008 es mucho más extenso que su predecesor, ya que el anterior tenía 17 artículos y el nuevo se compone de 64, que vienen a resolver, tal y como se indica en los antecedentes de la norma, las cuestiones que, ante la falta anteriormente de regulación expresa, habían sido objeto de controversias en las Juntas Arbitrales de Consumo. Con ello se consigue, además, introducir las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y la homogeneidad del sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza en él de empresas o profesionales y consumidores o usuarios, asegurando el recurso a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos.

En este sentido, alcanzar la homogeneidad del sistema se convierte en imprescindible desde el momento en que la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios^[17], prevé en su disposición final sexta que en el plazo de un año desde su entrada en vigor (al día

[14] BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1993.

[15] BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008.

[16] Los artículos se refieren, por un lado, a la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo y, por otro, a la competencia territorial para resolver sobre dichas ofertas. Para un análisis más detallado de estos preceptos, *vid. infra* apartado 3 de este trabajo, titulado “el arbitraje de consumo telemático, on line o virtual” y, en concreto, el párrafo dedicado al “convenio arbitral”.

[17] BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 31 de diciembre de 2006), el Gobierno, contando con el parecer de las comunidades autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictará una nueva regulación del Sistema Arbitral de Consumo, regulando también el arbitraje virtual. Asimismo, la disposición final sexta establece que reglamentariamente se determinarán los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas Arbitrales territoriales sobre la admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje, y los supuestos en los que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo. Así, tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias^[18], estas previsiones y el régimen legal general del arbitraje de consumo se recogen en sus artículos 57 y 58. Por último, también es necesario adecuar la regulación del Sistema Arbitral de Consumo a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje^[19], ya que de acuerdo con el art. 3 del Real Decreto 231/2008, al arbitraje de consumo se le aplica supletoriamente la Ley de arbitraje para todo lo no regulado expresamente en dicho Real Decreto.

II. LA DISTINCIÓN DEL ARBITRAJE DE OTRAS FIGURAS SIMILARES

Las modalidades alternativas de solución de conflictos permiten a las partes volver a entablar un diálogo para encontrar una verdadera solución a su conflicto, en vez de encerrarlos en una lógica de confrontación de la que salen normalmente como vencedor y vencido. Su irrupción en el panorama actual y su inusitado protagonismo podemos achacarlos a la inevitable evolución social. Elementos tales, como el vertiginoso ritmo de vida, la eliminación de las barreras jurídicas, económicas y sociales, la ingente información y la especialización de los sectores económicos y jurídicos, han hecho que los procedimientos extrajudiciales adquieran gran fuerza en nuestros días. Son varios los mecanismos distintos al proceso judicial que pueden utilizar los particulares para el arreglo pacífico de sus controversias, aunque ello no podrá suponer una merma de los derechos jurídicos fundamentales recogidos en la Constitución. Muy al contrario, el art. 51, de nuestra norma suprema, en su apartado primero, establece que

[18] BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

[19] BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. Es evidente que el instrumento que se elija para cumplir con esta exigencia constitucional debe contribuir a la realización de la justicia y hacerlo de forma eficaz. Con estos datos, podemos encontrarnos con sistemas que escapan al Poder Judicial del Estado, pero que, al mismo tiempo, no excluyen la posibilidad de acudir a la tutela de los Tribunales. En este sentido se pronuncia la Comisión, en su Recomendación de 30 de marzo de 1998^[20], cuando señala lo siguiente: “Considerando que, de acuerdo con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el acceso a los tribunales es un derecho fundamental sin excepciones; que cuando el Derecho comunitario garantiza la libre circulación de mercancías y servicios en el mercado interior, el corolario de estas libertades es que los agentes económicos, incluidos los consumidores, pueden recurrir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para solventar los litigios a los que pueden dar lugar sus actividades económicas, por las mismas razones que los ciudadanos de dicho Estado; que los procedimientos extrajudiciales no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial; que, por lo tanto, la utilización de la vía extrajudicial sólo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales si éste lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa y con posterioridad al surgimiento del litigio”.

Ha quedado claro que los sistemas alternativos no pueden suponer para los particulares un menoscabo de las garantías constitucionales. Se trata, más bien, de reforzar las posibilidades de acabar con un problema jurídico eligiendo entre distintas opciones. El catálogo de los sistemas alternativos es bastante amplio, por lo que cada tipo de procedimiento presenta características específicas que lo individualiza frente a los demás. Pero se reconocen algunas ventajas comunes a todos ellos frente al proceso, a saber:

1. Aquellos que carecen de recursos no tienen un verdadero acceso a la justicia porque no pueden costearse una buena defensa y los ADR surgen precisamente para paliar este efecto.
2. El respaldo de la voluntad de las partes a la solución del conflicto se convierte en un elemento decisivo para asegurar el cumplimiento de lo acordado a diferencia de las resoluciones judiciales emitidas y aplicadas por los tribunales. En efecto, la solución alcanzada a través del acuerdo, ya sea para el sometimiento al arbitraje ya sea el acuerdo en la propia solución del conflicto, es respetada en mayor medida que

[20] DO L 115 de 17 de abril de 1998.

las decisiones impuestas por un juez, dado que existe un ámbito de la autonomía de la voluntad que se ha ejercido y que presta cierta consistencia a lo acordado.

3. El costo y duración del proceso son excesivos surgiendo los ADR como mecanismos correctores de estas circunstancias.
4. La vía contenciosa no es la óptima para algunos conflictos donde es necesario tener en consideración los aspectos sociales que subyacen en el fondo.
5. Necesidad de disminuir la saturación de los tribunales, los cuales se han convertido en el foro para la solución de todo tipo de conflictos.
6. Por último, la aparición de los ADR supone una manifestación de la actitud crítica y de la insatisfacción de los ciudadanos acerca de cuestiones decisivas en su vida. Para minimizar estos comportamientos, los sujetos deben tener una mayor participación en la solución de los propios conflictos y no delegar la capacidad resolutoria en terceros decisores^[21].

[21] Las seis ventajas que se atribuyen a los sistemas alternativos se han extraído de las consideraciones esgrimidas por BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y consumidores*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2005, pp. 30 y 31. También GONZALO QUIROGA, M., en su trabajo titulado “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general”, publicado en la obra colectiva dirigida por la misma autora y denominada *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, 2006, pp. 28 y 29, alude a seis ventajas de los métodos alternativos de resolución de conflictos respecto a la justicia tradicional, a saber:

- Rapidez y reducción de costes: la elección de un MASC resuelve una importante cuestión temporal. Por ejemplo, un arbitraje suele durar entre seis, ocho meses o, incluso un año y medio como máximo, dependiendo de si es nacional o internacional. Si el mismo caso es decidido en un tribunal estatal la media de tiempo empleada duplica y a veces quintuplica a la señalada. El MASC ahorra en tiempo lo que podría conllevar gastarlo en un juicio de varios años con las consiguientes consecuencias económicas sobre el caso. Este ahorro de costes proporciona un medio de lo más adecuado para luchar por los derechos del justiciable sin temor a perder más tiempo y dinero del que, a lo mejor, ya le es debido. Como prueba de ello, se ha demostrado que los particulares y empresas usuarias de los MASC, entre los que destaca el arbitraje, pueden ahorrar tiempo y dinero frente a los juicios ordinarios. Siguiendo con un ejemplo en la práctica en el caso de impagos por valor a unos 90.000 euros recurrir a la vía judicial supondría unas costas de unos 15.000 euros y entre 24 y 34 meses de tiempo. Utilizando los servicios de una empresa de arbitraje el coste se reduciría a unos 7.000 euros y el periodo de resolución no superaría los seis u ocho meses como máximo. Además, las sentencias judiciales firmes se hacen esperar años y en no pocas ocasiones el resultado es demasiado incierto. Un laudo arbitral es directamente ejecutable. Evitando así perderse en el interminable devenir de recursos hasta que se logra una sentencia firme.
- Por otro lado, el propio coste del MASC es un factor esencial que debe ser tenido en cuenta de cara a la elección del mismo. Generalmente éste es sufragado por las partes, aunque también, como en los casos de los arbitrajes, mediaciones o conciliaciones la-

Llegados hasta aquí, es preciso hacer algunas matizaciones entre las diferentes vías no jurisdiccionales de resolución de litigios, distinguiendo al arbitraje de las siguientes figuras con las que guarda algunos parecidos: la mediación, la conciliación, la negociación y la transacción. De entrada, el arbitraje, aunque se presenta como una modalidad alternativa de solución de conflictos, es un mecanismo sustitutivo de la protección dispensada por los jueces y magistrados. Si se opta por acudir a la vía arbitral ya no se podrá acceder a los juzgados para solucionar el conflicto en cuestión. Por su parte, la mediación se configura como una fase previa o complementaria del proceso judicial, pero que en ningún caso elimina la posibilidad de que las partes acudan a la jurisdicción en cualquier momento. Además, la mediación se caracteriza por la intervención de una tercera persona, neutral e imparcial, que facilita el acuerdo entre las partes, pero que no tiene el poder de imponerles la solución. Los sujetos enfrentados en la controversia son los que deciden en última instancia la solución del problema. Esta circunstancia contribuye a que se logre un alto grado de cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Al mismo tiempo, lo anterior se adereza con la rapidez que suele acompañar a este tipo de procedimientos y el bajo coste que tiene la utilización de estos mecanismos de arreglo pacífico de las controversias, por ejemplo en el ámbito del consumo suele ser gratuito. Como desventajas pueden alegarse que las partes pueden paralizar y retirarse en cualquier momento de la mediación, lo que dismi-

borales o de consumo, puede darse que ambas partes participen del beneficio de justicia gratuita. Aspecto este último que contribuye a su elección desde una perspectiva muy favorable al implicar un claro acercamiento de la administración judicial al ciudadano.

- La confidencialidad o discreción a la hora de resolver los conflictos es otro factor esencial. Se impedirá con ello que se cuestione la imagen pública de empresas y particulares por una cuestión que de resolverse en juicio se haría pública. En un juicio todas las partes acaban sufriendo un desgaste de medios e imagen y soportando una importante pérdida económica. Por eso, cada vez es más frecuente dejar en manos de un MASC la resolución de sus conflictos.
- Otra de las características de los MASC es su flexibilidad. En el sentido de que, en principio, las partes son libres de recurrir a un MASC, de decidir qué organización y qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que vaya a seguir, de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento, etc.
- La especialidad de los tribunales en los litigios que deciden. Los tribunales que integran los distintos MASC suelen estar formados por persona/s especializadas en la materia sobre la que tienen que resolver. Indudablemente, ello aporta una ventaja respecto a los juicios ordinarios en los cuales no es habitual acceder a tribunales particularmente formados en cada una de las cuestiones objeto de controversia.
- Por último, la modernidad de los MASC es otra de las ventajas que les permiten su mayor y mejor adaptabilidad a las nuevas circunstancias y necesidades de la sociedad actual. Las nuevas tecnologías han penetrado con fuerza en el mundo de la justicia. En especial, en la llamada justicia electrónica o justicia on-line que mediante los MASC ofrece la posibilidad de resolver determinadas controversias a través de la red.

nuye las probabilidades de zanjar el problema; así como la falta de ejecutividad que se desprende del acuerdo, al no constituir cosa juzgada. Por último, tampoco goza el acuerdo alcanzado a través de una mediación de la posibilidad de ser reconocido en el extranjero y tener efectos obligatorios en otro país.

Ahora bien, la mediación constituye asimismo una de las dos formas en la que puede llevarse a cabo la resolución de las quejas o de las reclamaciones planteadas por los particulares ante el Sistema Arbitral de Consumo. En concreto, el Real Decreto 231/2008, contempla la posibilidad de utilizar la mediación *<para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto>*. Esta opción se contiene en el art. 38 y quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros. Además, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo le corresponderá dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta. Además, el Real Decreto 231/2008, establece expresamente, por un lado, en el art. 41 que los árbitros, los mediadores, las partes y quienes presten servicio en las Juntas Arbitrales de Consumo, están obligados a guardar confidencialidad de la información que conozcan en el curso del procedimiento arbitral y, por otro, en el art. 49 que el plazo para dictar laudo se suspenderá para el intento de mediación previa por un periodo no superior a un mes desde el acuerdo de iniciación del procedimiento arbitral. Pero hay que tener en cuenta que, en ambas regulaciones, el acuerdo resultante de la mediación tiene el carácter de un simple acuerdo privado *inter partes*, consumidor y empresario. En cambio, a través del laudo, como decisión del Colegio Arbitral designado para la resolución del conflicto, la resolución adoptada adquiere eficacia *erga omnes*, como si de una sentencia judicial se tratase^[22].

Respecto a la conciliación, se considera más bien un efecto jurídico que puede lograrse a través de diversos medios, entre ellos el arbitraje. Además,

[22] A mayor abundamiento, es posible añadir que las actuaciones de mediación son realizadas previamente a la designación por la Junta Arbitral del Colegio Arbitral efectuada por el Presidente, es decir, previamente al inicio del procedimiento arbitral y ponen fin al desacuerdo o conflicto existente entre las partes. Ahora bien, el acuerdo adoptado tiene en este caso simple carácter privado. El mediador es, de este modo, un tercero neutral, con capacitación suficiente como para ayudar a las partes a convenir un cometido. Por ello, el mediador deberá poner los medios que permitan lograr un mutuo convencimiento en las partes acerca de la necesidad de sacrificar parcialmente sus pretensiones originales, en aras de poner un punto final a la controversia. Por ello, la decisión final es tomada por las partes. Al respecto, *vid.* GARCÍA GÓMEZ, R., “El sistema arbitral de consumo y su repercusión práctica”, en la obra colectiva coordinada por VELARDE ARAMAYO, M^a.S., *Introducción al Derecho del arbitraje...*, *op.cit.*, pp. 232 y 233.

la conciliación puede desarrollarse tanto por un juez como por un órgano no judicial. En este sentido, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 regula, en los artículos 414 a 430, lo que se denomina la fase de audiencia previa al juicio, que consiste en una conciliación judicial, cuya principal finalidad es lograr un acuerdo, esto es, conciliar a las partes para evitar que se lleve a cabo el juicio. También en sede de arbitraje de consumo, el Real Decreto 231/2008 alude igualmente a esta facultad en el art. 42, cuando se refiere a que el órgano arbitral pueda instar a las partes a la conciliación. En el caso de intentarse la conciliación, el art. 49 señala que, si las partes logran un acuerdo conciliatorio sobre todos los aspectos del conflicto, una vez iniciadas las actuaciones arbitrales, el plazo para dictar el laudo conciliatorio será de quince días desde la adopción del acuerdo. Pero la conciliación propiamente dicha e independiente del proceso judicial o arbitral en el que se lleve a cabo, se diferencia claramente de la institución arbitral. Al respecto se tendrán en cuenta los Comentarios de la CNUDMI relativos a la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional^[23], que establecen como una de las características esenciales de la conciliación el que las partes en la controversia solicitan los servicios de un tercero. Mientras que en el arbitraje las partes encomiendan no sólo el proceso resolutorio de su controversia, sino también su resultado, a un tribunal arbitral que les impondrá un fallo vinculante para ellas. Además, difiere del arbitraje al retener las partes, en la conciliación, un control absoluto del proceso y del resultado de la conciliación, que no es vinculante. En la conciliación, el conciliador ayuda a negociar una transacción en que se compaginen las necesidades y los intereses de las partes en la controversia. El proceso conciliatorio se basa totalmente en el consenso y son las partes quienes, con la asistencia de un tercero neutral, determinan el modo en que se dirimirá la controversia. En definitiva, el tercero neutral no tiene autoridad para imponer a las partes una solución de la controversia.

Por su parte, la negociación se considera más bien una técnica que puede ser utilizada en un proceso de solución de conflictos, pero no tanto un mecanismo de arreglo pacífico de controversias *stricto sensu*^[24]. Aunque los intentos

[23] En concreto, se trata del Comentario nº 6 de la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002). Se puede acceder a la Guía en la siguiente dirección electrónica http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html (página web consultada en agosto de 2011).

[24] Todas las situaciones de negociación tienen las siguientes características comunes:

- a) Hay dos o más partes implicadas.
- b) Aparece un conflicto de intereses subyacente.
- c) Existe una cierta relación de poder entre las partes.
- d) Las partes expresan tener la voluntad de llegar a un acuerdo.

de acuerdo que hagan los sujetos implicados en alguna discrepancia para evitar tener que acudir a un procedimiento más reglado de solución de litigios puedan conferir a la negociación una entidad propia^[25]. De ahí, que la principal diferencia que guarda con el arbitraje está vinculada al papel que tienen las partes en la contienda. Se podría decir que en la negociación los sujetos enfrentados pueden reunirse individualmente con una tercera persona, que les asiste y ayuda en el proceso, o prescindir de la labor del tercero y participar directamente en la solución del problema. En efecto, para negociar no siempre es preciso un tercero, pues las partes están facultadas para celebrar los negocios que deseen, si bien, cuando lo que desean es llegar a un acuerdo total o parcial que erradique o palie el conflicto, suelen requerir la ayuda de un tercero que les facilite el proceso de lograrlo dirimiendo las diferencias o haciéndolas permanecer en un segundo plano. Sin embargo, en el arbitraje el tercero siempre está presente, actúa como un cooperador necesario que tiene la última palabra^[26]. Por último, mientras la transacción es, básicamente, un contrato y no implica una voluntad expresa de enjuiciar a través de un procedimiento al no existir procedibilidad, el arbitraje en cambio sí, hasta tal punto que a través del mismo se puede consagrar la integridad del derecho de una u otra parte, a diferencia de la transacción que supone dar, prometer o retener alguna cosa, no reconducible a la jurisdicción estática, como sí es posible en el arbitraje. No obstante y a pesar de las diferencias, es factible que las partes pongan fin al arbitraje mediante

- e) Se produce un proceso sistemático de ofertas y contraofertas que protagonizan la fase más relacional de la negociación.
- f) Existen aspectos tangibles e intangibles, es decir, aspectos materiales (por ejemplo económicos) y psicológicos y sociales (por ejemplo actitudes y emociones). *Vid.* RODRÍGUEZ MAZO, F., “La negociación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial”, en la obra colectiva dirigida por GONZALO QUIROGA, M., *Métodos alternativos de solución de conflictos...*, *op.cit.*, p. 139.

[25] En este sentido, la negociación presenta como peculiaridad el instrumentarse a través de un intercambio de comunicaciones previsto para alcanzar un acuerdo cuando un sujeto y otro de la relación jurídica tienen algunos intereses compartidos y otros contrapuestos, es decir, se trata de un procedimiento interactivo que abarca negocios conjuntos, asuntos comunes y los conflictos correspondientes. *Vid.* FIADJOE, A., *Alternative dispute resolution: a developing World perspective*, Cavendish Publishing Limited, London, 2004, p. 38.

[26] Es más, en la negociación el acuerdo entre las partes deriva de las cesiones mutuas y puede dar como resultado una solución del conflicto que ambas partes consideran ventajosa, por más que siempre exige de ambas partes concesiones respecto a la conducta inicial. Pero nunca hemos de olvidar que quien negocia lo hace porque desea mantener, e incluso entablar, relaciones, y que lo cedido puede verse compensado por la conservación de ese vínculo. Al respecto, HOYO SIERRA, I.A., “La idoneidad de los métodos alternativos de solución de conflictos”, en la obra colectiva dirigida por GONZALO QUIROGA, M., *Métodos alternativos de solución de conflictos...*, *op.cit.*, p. 358.

transacción^[27]. En cualquier caso, lo que parece que debe quedar claro es que en el arbitraje pueden utilizarse las restantes técnicas o mecanismos que hemos catalogado como de resolución alternativa de litigios: mediación, conciliación, negociación y transacción. Además, cada uno de estos cuatro instrumentos puede erigirse en un sistema propiamente dicho de solución de conflictos, es decir, establecerse como una vía autónoma e independiente de arreglo pacífico de controversias, diferenciándose, ahora ya sí, de las actuaciones que se llevan a cabo en el procedimiento arbitral y convirtiéndose en auténticas opciones extrajudiciales para acabar con las desavenencias entre las partes, sobre todo en los casos de la mediación y la conciliación.

III. EL ARBITRAJE DE CONSUMO TELEMÁTICO, ON LINE O VIRTUAL

Como sabemos, el arbitraje consiste en la atribución de derechos por un tribunal compuesto por uno o varios árbitros que tienen el poder, en la medida en que las partes se lo han encomendado, para emitir una decisión sobre el fondo vinculante para las partes. Pues bien, el arbitraje en línea se caracteriza porque los procedimientos tienen lugar a través de medios telemáticos. Este sistema presenta indudablemente sus ventajas y sus inconvenientes. Como ventajas hemos de señalar la rapidez en la resolución de las controversias y el hecho de que hace posible que partes contractuales situadas en países diferentes o a distancia puedan encontrar una solución a la controversia que les mantiene unidos. Otra ventaja es que, normalmente, reduce los costes derivados del procedimiento, si se admite el argumento de que cuanto más dure el procedimiento, más caro resulta para las partes. Respecto a los inconvenientes, aunque los medios telemáticos a distancia permiten la transmisión de comunicaciones entre el tribunal y las partes, no es menos cierto que algunas pruebas de contenido físico son imposibles de trasladar a través de la red o de los medios citados (piénsese en vídeos o en productos falsificados). Esas circunstancias, sin embargo, no deben obstar al buen funcionamiento del arbitraje en línea ya que siempre se podría recurrir a medios tradicionales como el mensajero o el correo ordinario. Otra desventaja puede ser el coste que a veces puede ser alto dependiendo del carácter técnico del árbitro o de la necesidad de envío de las pruebas por correo ordinario^[28].

[27] LORCA NAVARRETE, A.M^a., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, San Sebastián-Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 66.

[28] POMBO, F., “Contratación electrónica”, en la obra colectiva coordinada por CREMADES, J., FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M.A. e ILLESCAS, R., *Régimen jurídico de Internet*, Editorial La Ley, Madrid, 2002, pp. 1168 y 1169.

El contexto en el que el arbitraje on line se desarrolla es a través de Internet, que se caracteriza por ser un terreno privilegiado para la expresión de la voluntad de las partes. Es un espacio donde la libertad de elección encuentra su máxima expresión. La Red de redes ofrece grandes posibilidades de estar mejor documentado, de solicitar más informaciones, de negociar y de decidir con todo conocimiento de causa. Al mismo tiempo, permite realizar elecciones perfectamente claras, sin ser prisionero de una relación donde se da la presencia de ambas partes (como en la venta a domicilio o en una tienda) y sin tener que soportar un comportamiento intruso (como en la venta por teléfono o a domicilio). Las posibilidades ofrecidas por Internet no sitúan al consumidor en una posición vulnerable y captiva sino que, en todo momento, el sujeto podrá enviar preguntas por e-mail y obtener respuestas escritas, guardar los datos de cada etapa de la transacción, negociar con el vendedor, y finalmente puede decidir interrumpir su visita a una página web para acudir a otra^[29]. Por otra parte, las transacciones electrónicas restan importancia a la distancia en la publicidad, la comercialización y la venta al por menor de numerosos productos y, sobre todo, de los servicios^[30]. Todas estas virtudes hacen que se esté incrementando la utilización de Internet y su implantación en los hogares^[31]. Sin olvidar que la sociedad de la información, por un lado, supone un paso de gigante hacia una mayor disponibilidad de información, permitiendo un rápido y fácil acceso a una ingente cantidad de datos. Y por otro lado, implica la aparición de un mercado virtual que de alguna manera origina un cierto retroceso en la posición de los consumidores y usuarios -porque pueden verse confundidos y desorientados

[29] PALACIO VALLELERSUNDI, A., “Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l’entreprise et le Marché intérieur: nouvelle équation pour le droit communautaire”, *Revue du Droit de l’Union Européenne* 1/2001, p. 19.

[30] Aunque, por ejemplo, en España, la desconfianza es una de las razones más frecuentemente esgrimidas a la hora de analizar las barreras para el comercio electrónico. Uno de los mayores motivos de desconfianza es el de saber si el producto que va a recibirse satisface las expectativas del comprador, o por el contrario una vez en su poder se constata que el objeto adolece de falta de calidad, o simplemente no se corresponde con lo esperado. Con todo, tres razones son las que permiten atisbar un rápido desarrollo de esta actividad: la mejora y el abaratamiento de las redes de telecomunicación, la implantación general de los sistemas de seguridad en las transacciones, y la entrada con fuerza, en este tipo de actividad, de las grandes marcas españolas y de muchas nuevas tiendas que venden exclusivamente por Internet. *Vid.* PARDO, F., “Situación del comercio electrónico en España”, en la obra colectiva titulada *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 90, 92 y 93.

[31] Si bien, la consolidación definitiva del comercio electrónico se encuentra estrechamente ligada a la conjunción de dos factores, uno, seguridad técnica (firma electrónica, certificados y todos aquellas soluciones que puedan aparecer en un futuro) y otro, seguridad jurídica (marco legal uniforme a nivel internacional, que vele especialmente por la protección del consumidor). Esta conclusión se ha emitido por ROSSELLÓ MORENO, R., *El comercio electrónico y la protección del consumidor*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001, p. 99.

por la superabundancia de información- que son incapaces de seleccionar adecuadamente a pesar de las muchas ayudas existentes^[32].

Sus fuentes normativas son básicamente el art. 51 de la Constitución “que garantiza la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la salud y los legítimos intereses de los mismos”, los arts. 57 y 58 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias^[33] y el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo^[34]. Ahora bien, esta última norma ha sido sustituida por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo a partir de la fecha de su entrada en vigor (a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, habiendo tenido lugar dicha publicación el 25 de febrero de 2008). Por su parte, la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre le dedica la Disposición adicional única. De acuerdo con ella, la ley de arbitraje será de aplicación supletoria al arbitraje de consumo, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho. Finalmente, es necesario mencionar, de forma más específica, el art. 32 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de

[32] En cualquier caso, el comercio electrónico ofrece innumerables ventajas a los consumidores finales, como la posibilidad de acceder al mercado mundial desde el más remoto y diminuto hábitat, los precios más bajos por la ausencia de intermediarios, el ahorro de tiempo y gastos de desplazamiento por moverse en un mercado virtual abierto de forma permanente día y noche, o la posibilidad de obtener la más exhaustiva información que ayude a la decisión de contratar. Así se expresa GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “El comercio electrónico en la sociedad de la información”, en la obra colectiva titulada *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 22 y 28.

[33] BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Se trata de una norma de reciente aparición en el panorama legislativo de la protección de los consumidores y usuarios y que ha sido valorada en el Dictamen número 2/2007, emitido por el Consejo Económico y Social, sobre el proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, de la siguiente manera: <El CES valora positivamente la iniciativa de abordar la refundición en un único texto de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los consumidores y usuarios y las normas de transposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios. En los años transcurridos desde la aprobación de la LGDCU, se han producido varias modificaciones de su articulado original, al tiempo que se ha asistido a una proliferación de disposiciones protectoras de los derechos de consumidores y usuarios en todos los ámbitos (comunitario, estatal y autonómico) y en normas de carácter general y sectorial. Ello ha contribuido al desarrollo de un avanzado marco jurídico de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, caracterizado, sin embargo, por una gran dispersión y complejidad, lo que justifica la necesidad de dotar de mayor claridad al entramado normativo resultante>.

[34] BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1993.

la información y de comercio electrónico^[35], que resulta aplicable a la solución extrajudicial de conflictos entre el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información^[36].

En suma, el arbitraje de consumo a través de Internet es un medio idóneo para proporcionar al consumidor la herramienta eficaz que no le impida abandonar una reclamación por motivos de dificultades de tiempo, de distancias o de horarios, y que ofrezca, con la información, y la formación adecuada, que también se puede tener en Internet, al usuario la plataforma de defensa adecuada para resolver sus litigios, con la dinámica que proporcionan los medios tecnológicos^[37]. Por lo demás, el sistema arbitral de consumo, con carácter general y

[35] BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

[36] En el Anexo de la Ley 34/2002, letra a) se define lo que debe entenderse por <servicios de la sociedad de la información> o <servicios>: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.
2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.
3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.
4. El envío de comunicaciones comerciales.
5. El suministro de información por vía telemática.
6. El vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.

No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes:

1. Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex.
2. El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan.
3. Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivideo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya.
4. Los servicios de radiodifusión sonora, y
5. El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.

[37] De esta forma, las organizaciones y asociaciones de consumidores tienen en la red un medio para proporcionar mayor rapidez a la resolución de controversias y poder proporcionar al usuario un instrumento que sea eficaz, al tiempo que cómodo, y que no le cuestione los problemas normales que llevan a abandonar una reclamación por las múltiples dificultades que,

con independencia de que se lleve a cabo de forma on line u off line, se caracteriza por su simplicidad y antiformalismo. Así, se resuelve sin sujeción a normas rigurosas de procedimiento y no es precisa la protocolización notarial del laudo. También se define por su especialidad, administrativización, voluntariedad, gratuidad y celeridad, configurándose como una alternativa a la jurisdicción estatal^[38]. En concreto, se identificarán a continuación las especificidades que presenta el arbitraje de consumo en el momento actual en base a la regulación prevista en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero:

- Es un procedimiento de NATURALEZA INSTITUCIONAL, que se desarrolla ante las Juntas Arbitrales de Consumo (entidades de Derecho público, que se estructuran, de acuerdo con el art. 5, de la siguiente manera: de una parte, la Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional de Consumo y, de otra, las Juntas Arbitrales territoriales constituidas mediante convenio de colaboración entre las Administraciones públicas y el Instituto Nacional del Consumo, en el que podrá preverse la constitución de delegaciones de la Junta Arbitral Territorial, ya sean territoriales o sectoriales)^[39]. En cuanto al desarrollo más específico del

en las organizaciones modernas de convivencia, se plantean en el momento de interponer la queja o solicitar un asesoramiento. Al respecto, *vid.* DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Manual de Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, 7ª edición, 2005, pp. 422 y 423.

[38] PEREDA GÁMEZ, F.J., “Normas de alcance arbitral y jurisdiccional de la Directiva sobre comercio electrónico”, en la obra colectiva dirigida por ILLESCAS ORTIZ, R., *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, p. 704. Además, añade que la especialidad deriva del diverso trato legislativo que se le ha querido dar con base en una política de los poderes públicos más activa. De ello deriva la administrativización que supone la creación de Juntas Arbitrales de composición funcionarial, que resuelve las cuestiones con cierto matiz de intervencionismo forzoso. La voluntariedad sin embargo, prevalece sobre los deseos de mediar en el conflicto por parte de la Administración. Sólo si el sistema atiende las expectativas de ser útil a las partes en lid, puede consolidarse. Para ello se pretende la solución arbitral en plazo necesariamente breve y sin coste alguno para el consumidor.

[39] En relación con la naturaleza jurídico administrativa de las Juntas Arbitrales de Consumo, se ha puesto de manifiesto, por algún sector de la doctrina, la existencia de posibles disfuncionalidades que pueden plantearse en el sistema arbitral de consumo en donde nos encontramos una mezcla de elementos de Derecho público, por un lado, con elementos de Derecho privado, por otro. Por ejemplo, se alude a que la consecuencia jurídica fundamental de que las Juntas Arbitrales sean órganos administrativos integrados en el ámbito organizativo de una Administración territorial es el de que determinadas resoluciones que puedan adoptar y que produzcan efectos frente a terceros deben ser consideradas como actos administrativos y, por tanto, se encuentran sometidos al régimen jurídico propio de Derecho Administrativo recogido fundamentalmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Pues bien, podría darse el caso de que una Junta Arbitral de Consumo no aceptara alguna solicitud de

procedimiento, en el Real Decreto 231/2008 aparecen varias modificaciones importantes a lo previsto sobre el procedimiento en la regulación anterior^[40]. De entrada, en la constitución de los órganos arbitrales se distinguen dos tipos: los unipersonales o los colegiados. De acuerdo con el art. 19 podrá optarse por un árbitro único cuando las partes así lo acuerden o cuando lo acuerde el presidente de la Junta Arbitral de Consumo, siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 € y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje. El art. 20 se refiere a los órganos arbitrales colegiados, que serán los encargados de dirimir la controversia en todos los demás casos en los que no proceda un órgano arbitral unipersonal. Cuando se opte por un órgano decisorio de la controversia compuesto por varios miembros, se constituirá un colegio arbitral integrado por tres árbitros y elegidos cada uno de ellos entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales o profesionales. Otro cambio relevante que introduce el Real Decreto 231/2008 respecto a su antecesor está relacionado con el arbitraje de derecho y se

arbitraje, procediendo a su archivo, por tratarse de cuestiones que se encuentran excluidas del arbitraje de consumo en función de lo previsto en el art. 2.2 del Real Decreto 636/1993. Nos encontraríamos, en este supuesto, ante un acto administrativo que podría ser recurrible bien en vía administrativa en función de las normas que regulen la organización y el funcionamiento de la Administración donde se integre la Junta Arbitral, bien en vía jurisdiccional ante los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo. Ello supone que en caso de recurso judicial será el juez contencioso-administrativo el que resolverá si se trata o no de un asunto que puede ser objeto del arbitraje de consumo. Esta consecuencia puede revestir una cierta importancia pues si en función de esta hipotética resolución judicial (si se decidiera que el conflicto no puede encuadrarse dentro de las causas excluidas del art. 2.2. del RD 636/1993), la Junta Arbitral decide admitir la cuestión litigiosa a trámite, designando a tal efecto el Colegio Arbitral y decidiendo éste sobre la controversia objeto del arbitraje de consumo, ¿podría una de las partes alegar la nulidad del laudo en base al art. 41.1.e) de la Ley de Arbitraje 60/2003 (<el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje>)? Además el recurso se plantearía ante la jurisdicción civil, por lo que ¿qué ocurriría si el juez civil declara la nulidad del laudo en base al art. 41.1.e) de la Ley de Arbitraje? Como puede observarse estaríamos ante una contradicción entre lo resuelto por el juez contencioso-administrativo y el juez civil. *Vid.* sobre este planteamiento, las consideraciones de GUILLÉN CARAMÉS, J., “Nuevos retos en la configuración jurídica de los métodos extrajudiciales en el ámbito del consumo”, en la obra colectiva dirigida por GONZALO QUIROGA, M., *Métodos alternativos de solución de conflictos...*, *op.cit.*, pp. 195-197.

[40] En el Real Decreto 636/1993, el procedimiento comenzaba con la designación del Colegio arbitral, que estaba compuesto por tres árbitros: el Presidente, designado por la Junta entre el personal al servicio de las Administraciones públicas, licenciado en derecho; un representante de los consumidores y un representante del sector empresarial correspondiente. (si se optaba por el arbitraje de derecho, los miembros del colegio tenían que ser abogados en ejercicio a excepción del presidente).

refiere a la eliminación de la necesidad de que los miembros del colegio tengan que ser abogados en ejercicio^[41]. En efecto, el art. 21, en su apartado primero, párrafo segundo, establece que en los arbitrajes que deban decidirse en derecho, los árbitros designados a propuesta de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las organizaciones empresariales o profesionales, deberán ser licenciados en derecho. Por lo demás, el árbitro propuesto por la Administración deberá ser licenciado en derecho, ya resuelva en equidad o en derecho.

- Se establecen una serie de LÍMITES, en el Real Decreto 231/2008, en su art. 2, cuando restringe la posibilidad de acudir al arbitraje de consumo a los conflictos que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho y deja fuera los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos.
- Es necesario el CONVENIO ARBITRAL, esto es, sin convenio arbitral no es posible según nuestro ordenamiento jurídico la arbitrabilidad de la cuestión litigiosa. La formalización del Convenio Arbitral puede realizarse al tiempo en que surja la controversia en consumo o con anterioridad a que aparezca, lo que implica que el reclamado haya realizado oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo respecto de futuras controversias con consumidores y usuarios, o que no la haya realizado. En este último caso, la Junta Arbitral de Consumo gestiona el arbitraje notificando la solicitud de arbitraje al reclamado que debe aceptarla o rechazarla en el plazo de 15 días hábiles a contar desde la recepción de la notificación. En el supuesto de que el reclamado haya realizado una oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, respecto de futuras controversias con consumidores o usuarios, el convenio arbitral queda formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que la solicitud coincida con el ámbito de la oferta. Por lo tanto, el ámbito de la oferta es un extremo importante, ya que es posible limitar su ámbito a determinadas materias,

[41] Para avalar lo acertado de la medida, traemos a colación el comentario vertido por MULLE-RAT, R., en su trabajo titulado “Principales innovaciones de la nueva ley de arbitraje”, y publicado en el *Diario La Ley*, núm. 5999, año XXV, 19 de abril de 2004, versión electrónica en Base de Datos GENERAL LA LEY 1/2007, p. 4, que critica la exigencia prevista en la ley de arbitraje 60/2003 de poseer la condición de abogado en ejercicio para los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad. En concreto, el autor señala que dicha exigencia se trata de una decisión de corte corporativista al permitir únicamente a los abogados en ejercicio el arbitraje de derecho, excluyendo a profesionales de valía jurídica como profesores de derecho, notarios, etc.



cuantías e incluso a determinados consumidores que por sus características resulten poco apropiados para el arbitraje a juicio del comerciante. Para conocer si el ámbito de la oferta está limitado hay que acudir al distintivo oficial que se entrega a los comerciantes que realicen ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de consumo. En concreto, el nuevo Real Decreto 231/2008 introduce una novedad importante en relación con la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo. Se trata de la distinción entre las ofertas públicas de adhesión sin limitación y las limitadas. Además, en este último caso se crea un distintivo específico, con el objeto de permitir al consumidor conocer de antemano la existencia de limitaciones y evitar la competencia desleal en el uso del distintivo de adhesión al sistema^[42]. En concreto, es el art. 25 el que contiene las diferencias entre ambas figuras. Resulta relevante, a este respecto, la advertencia prevista en dicho precepto sobre lo que no se consideran ofertas públicas de adhesión limitada al sistema arbitral de consumo. Hay tres referencias expresas a supuestos que no se consideran limitaciones a la oferta pública de adhesión, a saber, aquéllas que tengan carácter temporal, siempre que la adhesión se realice por un período no inferior a un año; aquéllas que limiten la adhesión a las Juntas Arbitrales de Consumo correspondientes al territorio en el que la empresa o profesional desarrolle principalmente su actividad^[43] y

[42] En el Real Decreto 636/1993 no existía la diferencia entre ofertas públicas de adhesión limitadas y sin limitación. Esta circunstancia obligaba al consumidor y usuario a acudir a la Junta Arbitral de Consumo respectiva en orden a conocer el ámbito de la oferta propuesto ya que de no actuar de ese modo su solicitud de arbitraje podría estar condenada al fracaso.

[43] El art. 25.3, en su párrafo segundo, especifica cuando la empresa o profesional desarrolla principalmente su actividad en un determinado territorio. En este sentido, se atenderá a que se comercialicen los bienes y servicios exclusivamente a través de establecimientos abiertos al público en dicho ámbito territorial.

aquella que condicione el conocimiento del conflicto a través del sistema arbitral de consumo a la previa presentación de la reclamación ante los mecanismos de solución de conflictos habilitados por la empresa o profesional, siempre que el recurso a tales mecanismos sea gratuito y se preste información sobre su existencia y modo de acceder a ellos en la información precontractual y en el contrato.

- En el Real Decreto 231/2008 el arbitraje se configura como un procedimiento GRATUITO, aunque existen varias excepciones al respecto. En primer lugar, las pruebas que se sufragarán de acuerdo con el siguiente esquema:
 - Pruebas acordadas de oficio: serán costeadas por la Junta Arbitral de Consumo o por la Administración de la que dependa, en función de sus disponibilidades presupuestarias.
 - Los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte, serán sufragados por quienes las propongan y las comunes por mitad, salvo que el órgano arbitral aprecie mala fe o temeridad en alguna de las partes, en cuyo caso podrá distribuir en distinta forma el pago de los mismos.

También la gratuidad desaparece tanto en el caso de ejecución del laudo como en el de que se pretenda su nulidad^[44]. No obstante, parece ser que ambas posibilidades no se han prologado en la experiencia habida hasta el momento, siendo insignificante el porcentaje de laudos necesitados de ejecución judicial o combatidos por causa de nulidad^[45].

- De acuerdo con el Real Decreto 636/1993, se amplían los plazos para dictar el LAUDO, en consonancia con la Ley de Arbitraje 60/2003. De esta forma, se pasa del plazo de cuatro meses existentes en el Real Decreto anterior a seis, contabilizados desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral. En línea también con la Ley de Arbitraje actualmente vigente, la 60/2003, se permite que el plazo pueda ser prorrogado por el órgano arbitral mediante decisión motivada, salvo acuerdo en contrario de las partes, por un periodo no superior a dos meses.

Además de las características generales anteriores que presenta el sistema arbitral de consumo, el Real Decreto 231/2008 incluye otras más específicas para el arbitraje de consumo electrónico. Su regulación se contiene en los arts. 51 a 55, de la Sección 1ª, del Capítulo V. Lo primero que destaca en estos pre-

[44] *Vid.* LETE DEL RÍO, J.M., “Arbitraje de consumo”, *La Ley – Actualidad Civil*, 1998.

[45] Al respecto, DE LA CUESTA SÁENZ, J.M., “Introducción al arbitraje de consumo”, *RDP*, año nº 81, mes 2, 1997, p. 128.

ceptos es la definición de arbitraje de consumo electrónico, entendiéndose por éste, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51.1, el que se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales. También se alude, en el art. 52, a la determinación de la Junta Arbitral competente, remitiéndose a las reglas previstas en el art. 8. De acuerdo con lo previsto en este último precepto, se atribuye la competencia, en primer lugar, a la Junta Arbitral de Consumo a la que ambas partes, de común acuerdo, sometan la resolución del conflicto. En defecto de acuerdo de las partes, será competente la Junta Arbitral territorial en la que tenga su domicilio el consumidor. Si en este caso existieran varias Juntas Arbitrales territoriales competentes, conocerá el asunto la de inferior ámbito territorial. Por último, la competencia se determina, cuando exista una limitación territorial en la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, atribuyéndosela a la Junta Arbitral de Consumo a la que se haya adherido la empresa o profesional, y si éstas fueran varias, aquélla por la que opte el consumidor. El art. 53 se dedica a la firma electrónica, reconociéndose que garantiza la autenticidad de las comunicaciones y la identidad de las partes y del órgano arbitral^[46]. Por su parte, el art. 54 se refiere a las notificaciones y al cómputo de los plazos. En este sentido, las notificaciones se realizarán en la sede electrónica designada por las partes y producirán efectos el día siguiente a aquél en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación. No obstante, si el notificado no hubiera accedido al contenido de la actuación arbitral transcurridos diez días desde la fecha y hora en que se produjo su puesta a disposición, la notificación se considerará que se ha intentado sin efecto, procediéndose a la publicación edictal en las sedes electrónicas de las Juntas Arbitrales de Consumo adscritas al arbitraje de consumo electrónico. Para finalizar, el lugar de celebración del arbitraje de consumo electrónico se establece en el art. 55. A este respecto, se entenderá que será aquél en el que tenga su sede la Junta Arbitral de Consumo o la delegación territorial de la Junta Arbitral competente para conocer el procedimiento. Con una excepción, que en el laudo dictado figure un lugar distinto, en cuyo caso se entenderá como lugar de celebración del arbitraje aquél en el que se hubiera dictado el laudo.

Con todo, si nos adentramos en profundidad en el análisis del procedimiento arbitral podemos identificar en su modalidad on line tres cuestiones netamente diferenciadas. Una primera estaría relacionada con la fase contractual y vendría determinada por el acuerdo o convenio arbitral. Se trata de saber cuáles son las exigencias que deben cumplirse para que el compromiso de las partes

[46] Sobre los efectos de la firma electrónica en el arbitraje de consumo, *vid. infra* apartado 3.1 de este trabajo, titulado “¿Es posible el convenio arbitral digital?”.

de enjuiciar una controversia surgida entre ellas a través de arbitraje pueda expresarse de forma electrónica. A continuación, sería necesario dedicar algunos comentarios al estudio de la parte más procesal del arbitraje desarrollado a través de Internet. Es en este momento donde consideramos que se pueden plantear más dificultades para la celebración virtual de las distintas actuaciones requeridas en la operativa de este sistema de resolución extrajudicial de conflictos. Sobre todo se podrán dar problemas a la hora de garantizar el principio de audiencia y contradicción de las partes y en la práctica de determinadas pruebas. Y por último, nos referiremos a la etapa final de este método telemático de solución de litigios, es decir, a los requisitos que debe revestir el laudo arbitral para que pueda emitirse y ser válido en formato digital. Pues bien, a despejar las dudas que acabamos de señalar dedicaremos a continuación los apartados que siguen.

3.1. *¿Es posible el convenio arbitral digital?*

Se entiende por convenio arbitral celebrado por vía electrónica aquel en el que se hace constar la voluntad de las partes expresada por dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos, de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de ellas, surgidas o que puedan surgir en las relaciones jurídicas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros^[47]. Así, según el art. 9.3 de la vigente Ley de arbitraje, el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. A continuación añade que se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. Podemos decir, pues, que se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías.

En consonancia absoluta con la Ley de arbitraje, la nueva regulación del arbitraje de consumo, prevista en el Real Decreto 231/2008, reproduce literalmente el art. 9.3 de la Ley. Concretamente el art. 24.1, párrafo segundo, del Real Decreto establece que el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico

[47] Así se manifiesta MERINO MERCHÁN, José F., “El pacto de arbitraje telemático”, en Cremades, J.; Fernández-Ordóñez, M.A.; Illescas, R., *Régimen Jurídico de Internet*, La Ley, 2002, p. 533.

o de otro tipo. Además, se regula la utilización de las nuevas tecnologías en la formalización del arbitraje de la siguiente manera:

- De entrada, el art. 34.1 reconoce a los consumidores y usuarios el derecho a presentar sus solicitudes de arbitraje por escrito, por vía electrónica a través del procedimiento previsto en el capítulo V, sección 1ª (dedicado a regular el arbitraje de consumo electrónico), o por cualquier otro medio que permita tener constancia de la solicitud y de su autenticidad.
- Por su parte, el art. 25.1 reconoce la posibilidad de que las empresas o profesionales puedan formular ofertas unilaterales de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo por escrito, por vía electrónica a través del procedimiento previsto en el capítulo V, sección 1ª, o en cualquier otro soporte que permita tener constancia de la presentación y de su autenticidad.

En consecuencia, todos estos elementos permiten entender que en el marco de nuestro ordenamiento es válido el convenio arbitral suscrito en documento digital. Por lo que una vez perfeccionado, desplegará, al igual que el resto de las situaciones arbitrales, una doble eficacia. Por una parte, una eficacia positiva entendida como la obligación y el compromiso que asumen las partes en el acuerdo de arbitraje de cumplir todo lo establecido en el laudo arbitral. Este deber no sólo comporta la exigencia de someterse, sino también el de cooperar al nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral, y aceptar en el compromiso previo la obligatoriedad de la decisión que emita el órgano arbitral, por ellas designado. Junto a este efecto, de forma negativa, el convenio de arbitraje supone la renuncia de las partes a entablar sus acciones en la jurisdicción ordinaria y el sometimiento a las decisiones de los árbitros^[48]. Ahora bien, se pueden plantear dificultades, desde el momento en que el art. 5 exige que se garantice la autenticidad, es decir, el convenio arbitral celebrado por vía electrónica tendrá plena validez y producirá todos sus efectos siempre que se haga constar su existencia. Para ello es necesario tener en cuenta, por un lado, ciertos requisitos jurídicos exigidos a la formación de los contratos celebrados por vía electrónica y, por otro, el régimen de la firma electrónica.

[48] Todo ello no es más que una reafirmación de las ventajas que presenta el arbitraje comercial como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pues al quedar excluido de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de controversias, proporciona a las partes ventajas que no puede ofrecer la jurisdicción ordinaria. *Vid.* ÁVILA DE LA TORRE, A., “Cuestiones particulares en torno a la solución alternativa de controversias: hacia el arbitraje on line y la autodisciplina en el derecho de la publicidad”, en la obra colectiva coordinada por VELARDE ARAMAYO, Mª.S., *Introducción al Derecho del arbitraje...*, *op.cit.*, pp. 159 y 160.

Respecto al primer aspecto, el convenio se entenderá perfeccionado desde que se contesta aceptando la propuesta. Teoría de la emisión y no del conocimiento, propia del Derecho mercantil. Ello es así, porque el tráfico on line tiene carácter mercantil. En cualquier caso, ello no supone que se desplace el art. 1.262 del C.civil por el art. 54 del C.comercio, ya que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, ha equiparado ambos instrumentos jurídicos en la disposición adicional cuarta. Tanto el C.civil como el C.comercio aceptan la teoría del conocimiento para determinar el momento perfectivo del contrato, aunque para los contratos electrónicos ambas normas se han inclinado por la teoría de la emisión. Por otra parte, es posible declarar nula, de acuerdo con el art. 8 de la ley de condiciones generales de la contratación, una cláusula contractual por ser abusiva. A este respecto, se entenderá por abusiva, de acuerdo con el art. 90.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

Por último, habrá que tener en cuenta para acreditar la existencia del pacto de arbitraje, la legislación sobre firma electrónica recogida en la ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica^[49]. La firma electrónica pretende ser el instrumento que permita garantizar la seguridad en las comunicaciones telemáticas, aportando a los medios de comunicación empleados, autenticidad (es fundamental acreditar que las partes son realmente quienes dicen ser), integridad (demostrar que la información no ha sido alterada desde el momento en el que ha sido transmitida), confidencialidad (se trata de utilizar la criptografía como medio para ocultar los datos o información que se transmite a través de las redes abiertas como Internet) y no repudio (es la capacidad de probar a una tercera parte que una determinada comunicación ha sido originada, admitida y enviada a una determina persona, evitando la negación de la transacción). En definitiva, con la llegada de la firma digital se dispone de un algoritmo matemático, de carácter complejo, que conduce a la identificación individual e inequívoca de un concreto mensaje y su vinculación con una determinada persona. Para alcanzar tal resultado, la firma digital adopta un sistema de doble clave. El emisor dispone de una clave privada por la que encripta el mensaje, mientras que el receptor utiliza una clave pública atribuida al remitente para descifrar aquél. Las ventajas de este sistema son numerosas pues, junto con verificar el origen del mensaje, garantiza que el mismo no ha sido modificado en su circulación, por lo

[49] BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003. Entró en vigor, el 19 de marzo de 2004.

que no cabe el rechazo por parte del remitente ni tampoco del destinatario, asegurándose, en todo caso, la confidencialidad de la información. De este modo, se obtiene un mecanismo de seguridad que pudiera, incluso, ser calificado como superior a la firma tradicional o manuscrita^[50].

Con la aparición de la firma electrónica, junto al tradicional documento aparecen nuevas realidades que no tienen como soporte al papel. Tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan, con carácter general, el formato electrónico para dar validez a los datos consignados en un soporte digital. En efecto, entre otros, DAVARA RODRÍGUEZ afirma que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, unidas a otras técnicas, dan fiabilidad al documento mediante procedimientos lógicos de control basados, como método idóneo de seguridad, en la criptografía, altamente fiable para proteger la información y que, adecuadamente normado y aceptado, proporciona seguridad sobre el contenido del mensaje y es camino lógico hacia la autenticación electrónica^[51]. Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dejado de equiparar el documento a un escrito, para ir admitiendo otros mecanismos de almacenamiento de datos que podemos englobar dentro de las llamadas nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Así, por ejemplo, en una Sentencia de 1981^[52] se indica en este sentido lo siguiente: "...si bien es cierto que tradicionalmente el concepto de documento se ha venido identificando como un <escrito>, o sea, como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje, y que la inmensa mayoría de los documentos que se aportan a un proceso son <escritos>, ello no es óbice para que existan en la actualidad otros objetos que, sin tener esa condición, puedan hacer prueba fidedigna como aquéllos y que, por analogía, puedan equipararse a los mismos...". Más recientemente, otra Sentencia de 1997^[53] se refiere ya de forma expresa a otros medios de prueba que contienen mensajes sin utilizar el papel y alude a los mismos de esta manera: "...que se acredite mediante el contenido de una prueba incorporada a los autos y que sea de naturaleza inequívocamente documental o sea que conste sobre un soporte material, que tradicionalmente era un escrito y ahora

[50] Vid. ÁVILA DE LA TORRE, A., "Cuestiones particulares en torno a la solución alternativa de controversias: hacia el arbitraje on line y la autodisciplina en el derecho de la publicidad", en la obra colectiva coordinada por VELARDE ARAMAYO, M^o.S., *Introducción al Derecho del arbitraje...*, op.cit., p. 159.

[51] Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Anuario de Derecho de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) 2006*, Editado por la Fundación Vodafone y Davara & Davara, asesores jurídicos, 2006, p. 284.

[52] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 de noviembre de 1981 [RJ 1981/4680].

[53] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 380/1997 (Sala de lo Penal), de 25 de marzo [RJ 1997/1964].

puede incluir también un vídeo, un film, un diskette u otro documento informático, cuya resultancia sea relevante y trascendente para el fallo de la sentencia...”. En suma, se trata de utilizar soluciones técnicas eficaces que permitan vincular a los sujetos con las declaraciones de voluntad que generen de tipo telemático.

Se distinguen los siguientes tipos de firmas electrónicas: la que podemos denominar simplemente firma electrónica, la avanzada y la reconocida. Conviene aclarar que la distinción que hace la ley se realiza en función de los mecanismos utilizados para generar la correspondiente firma, así como de las garantías ofrecidas para su creación y siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en la norma. **La firma electrónica:** se recoge en el art. 3.1 de la ley y se define como “el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”. Lo que se garantiza con esta firma es únicamente el principio de autenticidad. No persigue, por tanto otorgar a la firma electrónica una fuerte fiabilidad probatoria “ex lege”. Como ejemplos de firmas electrónicas ordinarias estarían los nombres de usuario y contraseña que almacenan los servidores de Internet o de Banca Electrónica para la firma electrónica de las comunicaciones telemáticas que realicen con sus clientes, ya que no podrían cumplir con el requisito de exclusivo control por el firmante, tratándose por tanto de firmas electrónicas ordinarias y no avanzadas, ya que los datos de creación de firma están controlados por terceras personas. **La firma electrónica avanzada:** se define en el art. 3.2 de la ley como “la firma electrónica que permite identificar el firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”. Con esta firma además de cumplir con el principio de autenticidad se cumple con el principio de integridad. **La firma electrónica reconocida:** es definida en el art. 3.3 de la ley como “la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma”. Además de garantizar la autenticidad y la integridad, exige dos requisitos adicionales: el certificado reconocido^[54] y el dispositivo seguro de creación de

[54] El art. 6.1 de la ley define al certificado electrónico como “un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad”. A su vez la condición de reconocido viene establecida en los arts. 11 a 14 del capítulo II del título II de la ley, que identifica a los certificados reconocidos con los expedidos por un prestador de servicios de certificación. En este sentido, la Exposición de Motivos de la ley considera a los prestadores de servicios de certificación como los sujetos que hacen posible el empleo de la firma electrónica. Para ello expiden certificados electrónicos, que son documentos electrónicos que relacionan las herramientas de firma electrónica en poder de cada usuario con su identidad personal, dándole así a conocer en el ámbito telemático como firmante.

firma^[55]. Ejemplo de firma electrónica reconocida es la llevada a cabo a través del Documento Nacional de Identidad Electrónico, regulado en los arts. 15 y 16 de la ley de firma electrónica.

Una diferencia importante, entre los diferentes tipos de firma electrónica mencionados, es el relativo a los **efectos jurídicos que producen**. De acuerdo con el art. 3.4 de la ley “la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”. Por lo que, si una norma imperativa exige la firma manuscrita para la validez de un determinado acto o negocio, esta firma manuscrita sólo podrá ser sustituida por el uso o empleo de una firma electrónica reconocida. Mientras que, si el uso de la firma manuscrita viene impuesto por una norma de carácter dispositivo, en estos supuestos podrá ser utilizada una firma electrónica avanzada. No obstante, cuando no exista un reconocimiento legal de los efectos jurídicos derivados del uso de una firma electrónica en el seno de determinadas relaciones jurídicas, será necesario acudir a un marco o acuerdo privado o contractual, donde expresamente se determinen los referidos efectos, quedando abierta esta posibilidad en el art. 3.10 de la ley^[56].

En el caso de que se impugne la autenticidad: de entrada, la Ley de Enjuiciamiento Civil, como norma general en la materia, admite como medios de prueba en su art. 299.2 <los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso>, es decir, no parece existir ninguna duda para entender incluido al documento electrónico y, por tanto, poderlo presentar como prueba en juicio. Por su parte, la Ley de Firma Electrónica, como norma especial en la materia y de forma categórica, establece en su art. 3.8 que <el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio>. Al respecto, hay que distinguir los siguientes supuestos: si se impugna la firma electrónica reconocida en juicio, se comprobará que por el prestador de servicios de certificación se cumple con todos los requisitos^[57]. Si se comprueba que la firma electrónica reconocida no cumple los requisitos exigidos por la ley, el art. 3.9 no le niega

[55] Es un programa o un aparato informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma y cumple los requisitos establecidos en el art. 24 de la ley.

[56] De acuerdo con el art. 3.10 de la ley, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas.

[57] Relativos a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes.

efectos jurídicos, por lo que podemos decir que, en este caso, el Tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Si se impugna la firma electrónica avanzada, el art. 3.8 de la ley establece que se estará a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 326 de la LEC^[58].

En cualquier caso, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo^[59] ha venido a corroborar la validez probatoria del documento firmado electrónicamente, en los siguientes términos: “Pero la firma autógrafa no es la única manera de signar, pues hay otros mecanismos que, sin ser firma autógrafa, constituyen trazados gráficos, que asimismo conceden autoría y obligan. Así, las claves, los códigos, los signos y, en casos, los sellos con firmas en el sentido indicado. Y, por otra parte, la firma es un elemento muy importante del documento, pero, a veces, no esencial, en cuanto existen documentos sin firma que tienen valor probatorio (como son los asientos, registros, papeles domésticos y libros de los comerciantes). En consecuencia, aunque, al igual que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituido, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfa-numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido. Por lo tanto, si se dan todas las circunstancias necesarias para acreditar la autenticidad de los ficheros electrónicos o del contenido de los discos de los ordenadores o procesadores y se garantiza, con las pruebas periciales en su caso necesarias, la veracidad de lo documentado y la autoría de la firma electrónica utilizada, el documento mercantil en soporte informático, con función de giro, debe gozar (...) de plena virtualidad jurídica operativa”.

3.2. El desarrollo del procedimiento virtual

A partir de aquí, suponiendo válidamente celebrado el convenio arbitral, bien de manera separada, o como cláusula incorporada a un contrato principal, los

[58] Dicho precepto de la LEC establece que la parte que haya impugnado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación. La LEC posibilita al tribunal, en caso de que la impugnación hubiese sido temeraria, la imposición de una multa que podría oscilar entre los 120 a los 600 €. Si no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

[59] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 3 de noviembre de 1997 [RJ 1997/8251].

medios tecnológicos actuales también podrían permitir el que el procedimiento arbitral y, más concretamente, aquellas fases del mismo que podrían requerir la presencia de las partes, se puedan celebrar de manera virtual. A este respecto habría que pensar en la instalación de equipos que permitan la celebración de las vistas o audiencias a través de una especie de videoconferencias. Tal videoconferencia permitiría el cumplimiento de los requisitos de audiencia y contradicción entre las partes sin necesidad de que estén presentes en un mismo lugar los árbitros y cada una de aquéllas o sus representantes. Por su parte, sería posible también el uso del correo electrónico y los sistemas de charla interactiva (chat). Respecto a la práctica de la prueba, tampoco parece inverosímil el que la misma se pueda acordar a presencia de las partes mediante videoconferencia y que las pruebas concretas bien se practiquen del mismo modo o se remita su elaboración a los peritos pertinentes, los cuales únicamente tendrían que remitir a los árbitros y a la partes los informes que reflejasen el contenido de su valoración^[60].

En cualquier caso, el Real Decreto 231/2008 despeja todas las dudas que puedan existir sobre la posibilidad de utilizar las nuevas tecnologías en el desarrollo del procedimiento arbitral. Así, el art. 44.1 se refiere a la audiencia a las partes y permite que pueda ser escrita, utilizando la firma convencional o electrónica, u oral, ya sea presencialmente o a través de videoconferencias u otros medios técnicos que permitan la identificación y comunicación directa de los comparecientes. En relación con la práctica de la prueba, el art. 45 declara admisibles los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y otras operaciones relevantes para el procedimiento. Además, el mismo precepto, en su apartado 4º, especifica que, en el arbitraje electrónico, cuando se acuerde la práctica presencial de la prueba, ésta se realizará por videoconferencia o por cualquier medio técnico que permita la identificación y comunicación directa de los comparecientes.

3.3. *La emisión del laudo*

Como quiera que no requiere la presencia de las partes, sino que se dicta tras la correspondiente reunión y votación de los árbitros, lo mismo da que el convenio y el procedimiento se hayan celebrado de la manera en que estamos acostumbrados o virtualmente^[61]. Lo anterior podría ser llevado a la práctica tanto en el seno del arbitraje de consumo, como respecto de los litigios sometidos al arbitraje común. Y es que en este último caso el art. 37.3 de la ley de

[60] *Vid.* BADENAS CARPIO, J.M., “Comercio electrónico y arbitraje”, en la obra colectiva dirigida por ILLESCAS ORTIZ, R., *Comercio electrónico...*, *op.cit.*, p. 753.

[61] *Ibidem.*

arbitraje actual ha venido a reconocer expresamente la posibilidad de que el laudo se entienda que 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. Además, el art. 37.8 ha eliminado la exigencia de la protocolización notarial del laudo. Lo que puede considerarse una apuesta firme para que los arbitrajes puedan desarrollarse utilizando tan sólo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente. Por lo que respecta al arbitraje de consumo, el art. 48.1 del Real Decreto 231/2008 establece que la forma y el contenido del laudo que, en todo caso, será motivado, se regirá por lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Por lo tanto, debemos entender aplicable al arbitraje de consumo lo regulado en el art. 37 de la Ley y especialmente, para el caso que nos ocupa, la opción de laudos en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. En definitiva, el nuevo Real Decreto 231/2008 realiza una apuesta clara por el antiformalismo en la regulación del arbitraje de consumo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Sería posible establecer una gradación entre los distintos procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos vistos hasta ahora. Esta escala podría tomar en consideración el grado de eficacia que presentan las decisiones emanadas de los organismos con competencias en la materia. En un primer momento, siempre sería recomendable aconsejar al consumidor que interponga su queja o reclamación ante los servicios correspondientes de la propia empresa. Se trataría, en este caso, de que las partes entablaran una negociación, con la finalidad de llegar a un consenso que acabe con la controversia. Lo característico de este procedimiento es la ausencia de un tercero que asiste a los litigantes para conseguir la solución del problema. En efecto, los sujetos implicados en la controversia suelen entablar un dialogo que puede desembocar en un acuerdo total o parcial y, por tanto, erradicar o paliar el conflicto. Aunque también es posible que intervenga un tercero en la negociación, que ayude a las partes a dirimir sus diferencias. En este último caso, nos encontraríamos ante un procedimiento extrajudicial más reglado y al que se podría acudir si la tramitación de la reclamación por el vendedor o prestador del servicio no ha llegado a buen fin.

Por su parte, el pacto alcanzado en una mediación suele tener la eficacia de un acuerdo privado entre las partes, si bien la presencia del mediador en el proceso le otorga el valor de testigo cualificado de lo acontecido. Si comparamos este efecto con el que se deriva de la transacción en nuestro ordenamiento, comprobamos que el art. 1.816 del Código Civil establece que: “La transacción

tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”. Es decir, la transacción goza en la legislación civil española de una eficacia especial que no tiene la mediación, salvo que la legislación atribuya a esta última los efectos de la primera. Por lo que respecta a la conciliación, se ha considerado más bien un efecto jurídico que puede lograrse a través de los diversos medios de resolución de controversias, es decir, que a través de esta figura se podría poner fin a un conflicto durante el transcurso de una resolución alternativa de litigios, *v.gr.*, dentro del arbitraje de consumo. En cualquier caso, todos los procedimientos anteriores se diferencian del arbitraje de consumo en la eficacia *erga omnes* que tiene el laudo arbitral y que supone acabar definitivamente con la controversia. Además, la intervención del tercero en el arbitraje tiene el poder de obligar a las partes en la decisión que se adopte; mientras que en los otros mecanismos alternativos de litigios la actuación del tercero sólo ayuda a los sujetos enfrentados en un conflicto a alcanzar un acuerdo, pero no les impone una solución.

Ahora bien, por lo que respecta a España, podemos señalar que la obligatoriedad de acudir a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos con carácter previo al procedimiento judicial no tiene cabida en nuestro sistema, por los problemas constitucionales que pudieran derivarse de ello. La tutela judicial efectiva que dispensa nuestro ordenamiento sólo puede ejercerse a través del acceso a los tribunales, pero no imponiendo el recurso previo a los procedimientos alternativos de litigios. Nos encontramos ante un Derecho Fundamental que goza de las máximas garantías de protección y que no puede verse limitado por la obligatoriedad de tener que acudir a un sistema extrajudicial. Por esta razón, las distintas vías de solución alternativa de litigios se configuran como mecanismos de refuerzo para acabar con los problemas jurídicos que afecten al consumidor. Además, el recurso a ellas sólo podrá impedir al consumidor el acceso a los tribunales cuando haya habido una aceptación expresa a este respecto, que no deje lugar a dudas sobre las consecuencias de acudir a una vía de solución de litigios distinta de la judicial. Aunque no todas las soluciones alternativas de litigios se comportan de la misma manera. Habría que distinguir el arbitraje de los restantes mecanismos, tales como la mediación, conciliación, negociación y transacción. Mientras la opción del arbitraje supone eliminar la posibilidad de acudir a la jurisdicción, el resto de los sistemas alternativos de solución de litigios no excluyen a los tribunales. De tal forma que es posible, por ejemplo, intentar una mediación o conciliación y si no se consiguiera arreglar el problema, plantear la controversia en los juzgados competentes. Sin embargo, para el arbitraje, el art. 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta esclarecedor a este respecto, cuando establece que el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia.

También ha quedado demostrado que es posible utilizar la Red para el arbitraje de consumo en todas las fases del procedimiento. Ello es viable desde el inicio de la arbitrabilidad de la controversia, a través de la celebración del correspondiente convenio arbitral digital, pasando por el desarrollo del procedimiento arbitral propiamente dicho y terminando con la emisión del laudo electrónico. Respecto a la validez del convenio arbitral digital, la regulación española actualmente vigente admite sin ambages su operatividad, tanto en el arbitraje de consumo, como en el general. Además, el convenio se entenderá perfeccionado desde que se contesta aceptando la propuesta, por lo que se adelanta el momento perfectivo del contrato, en línea con la rapidez de las comunicaciones en Internet. En cualquier caso, es necesario referirse a la firma electrónica en este tipo de transacciones, ya que será imprescindible su utilización para acreditar la existencia del pacto de arbitraje telemático. Será recomendable, con carácter general, el recurso a la firma electrónica reconocida, en tanto en cuanto garantiza la autenticidad e integridad de los datos consignados en formato electrónico y está basada en un certificado reconocido y generada a través de un dispositivo seguro de creación de firma. Incluso, la ley de firma electrónica, equipara sus efectos jurídicos a los de la firma manuscrita, por lo que se refuerza *ex lege* su operatividad en el arbitraje virtual. En relación con el procedimiento arbitral, no cabe duda de la posibilidad de que se desarrolle íntegramente *on line*. Aunque habría que diferenciar la fase de audiencia o vista de las partes, de la probatoria, ya que puede plantearse algún problema en esta última. Si bien la fase de audiencia puede celebrarse sin ninguna dificultad a través del recurso a la videoconferencia y con el complemento, si fuera necesario, del correo electrónico y/o la charla interactiva (chat); en la práctica de la prueba pueden darse complicaciones con la que requiera el empleo de medios físicos y no admita el uso de la Red. En este caso, no habría más remedio que prescindir de las nuevas tecnologías y recurrir a la prueba presencial; mientras que las demás que pudieran realizarse telemáticamente, seguirían practicándose en línea. Por último, el arbitraje termina con la emisión del laudo, para lo que no se requiere la presencia física de las partes, sino sólo la reunión y votación de los árbitros. De tal forma que se podrían emitir digitalmente, con la preceptiva firma electrónica de los árbitros correspondientes.

* * * * *

EL AUGE DEL ARBITRAJE EN EUROPA Y OTRAS FORMAS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

CRISTINA HERMIDA DEL LLANO*

SUMARIO: **I.** Concepto y fundamento del arbitraje. **II.** El auge del arbitraje en Europa en la era de la globalización. **III.** Arbitraje y justicia globalizadora. **IV.** El arbitraje en el ámbito de la Unión Europea. **V.** La constitucionalidad del arbitraje. **VI.** Reflexiones sobre la idea de orden público comunitario. **VII.** El arbitraje: también un método de resolución de controversias en los Acuerdos Europeos suscritos con otros países. **VIII.** Otras modalidades alternativas de solución extrajudicial de conflictos en la Unión Europea. **IX.** Conclusiones.

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL ARBITRAJE

El arbitraje como mecanismo de resolución de controversias ha atraído la atención de juristas teóricos y profesionales del Derecho por tratarse de un tema multidisciplinar, además de encontrarse en el centro de los debates filosóficos, si tenemos en cuenta que, como ha hecho notar Oppetit, se revelan en esta figura problemas fundamentales del Derecho como el de la justicia, sus formas y finalidades, la estructura del ordenamiento jurídico o el de las finalidades del Derecho^[1].

El arbitraje está fundamentado en la cultura del acuerdo, al tratar de impedir la confrontación directa entre los interesados y la ruptura, sin duda traumática, del negocio^[2]. Es una figura relativamente cercana al procedimiento judicial clásico, puesto que el tercero, llamado <<árbitro>>, toma una decisión para

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos.

[1] Bruno Oppetit: *Teoría del Arbitraje*, traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis Editores, Bogotá, 2006, p. 248.

[2] Aunque el arbitraje comercial internacional constituye la figura más importante de la solución extrajudicial de conflictos no es la única, como más adelante veremos.

solucionar el conflicto. Una explicación clara y sencilla de esta figura podría ser la que sigue: “Todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado *convenio arbitral*, confían la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente, por ellas mismas”^[3].

Es especialmente importante el elemento de la confianza depositada por las partes en el tercero dirimente, resaltado ya, por cierto, en textos muy antiguos: “El *arbitrium boni viri* y los explícitos y detallados desarrollos del arbitraje en nuestros textos históricos medievales y en los documentos del Estado absoluto que les siguieron prueban ciertamente el apego de los eventuales justiciables a una institución anclada en el sentimiento tradicional y en la propia naturaleza de las cosas”^[4]. Como consecuencia de la confianza depositada en el árbitro, la decisión de éste será vinculante para las dos partes en conflicto. Esta decisión puede tomarse bien, aplicando normas jurídicas (Arbitraje de Derecho) o mediante el recurso a la equidad o Justicia del caso concreto (Arbitraje de Equidad). La decisión dictada por el árbitro, llamada laudo arbitral, tiene fuerza de cosa juzgada, lo que significa que el conflicto, una vez decidido por el árbitro, no puede, en principio, llevarse ante el juez.

Me gustaría dejar claro que, en mi opinión, no caben los acuerdos de arbitraje conocidos como *sin ley, anacionales o estrictamente internacionales*; esto es, regulados **únicamente** por la voluntad de las partes sin sumisión a una legislación estatal, a pesar de que esta idea no la compartan los defensores radicales de la nueva *lex mercatoria*^[5]. Este es, por tanto, el único límite que se reconoce a la partes, al tener la obligación de someter el convenio arbitral a un ordenamiento estatal.

La naturaleza del arbitraje no cambia por el hecho de ser interno o internacional. Precisamente, por ello, las diversas concepciones que del arbitraje interno se tienen han sido trasladadas al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, la diferencia sí que es relevante en tanto que el laudo extranjero requiere el *exequátur* para su reconocimiento en el foro, mientras que el nacional no lo necesita.

Interesa resaltar que en el ámbito de la Unión Europea se halla en funcionamiento un sistema que podría denominarse de “*exequátur* simplificado” en

[3] Alfonso-Luis Calvo Caravaca / Luis Fernández de la Gandara: *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 55.

[4] Marta Gonzalo Quiroga: *Orden Público y Arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (Arbitrabilidad y Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 17 del <<Prólogo>>.

[5] Alfonso-Luis Calvo Caravaca / Luis Fernández de la Gandara: *El arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 73.

materia civil y mercantil, a través del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, más conocido como “Bruselas I”, sustitutivo del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. En base al mencionado Reglamento, un título ejecutivo judicial o extrajudicial procedente de un Estado Miembro debe ser reconocido en los demás Estados Miembros sin que se requiera procedimiento alguno, en base al principio de confianza mutua, si bien se establece asimismo la posibilidad de formular recurso contra la decisión de otorgamiento de la ejecución del título ejecutivo extranjero dictada por el tribunal requerido, en caso de existir algún motivo de no reconocimiento de entre los expresamente señalados por el propio Reglamento.

Siempre en materia civil y mercantil dentro del ámbito de la Unión Europea, existe asimismo, en determinados supuestos, la posibilidad de optar por un sistema de “supresión del *exequátur*” gracias al Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, en virtud del cual, en ciertos casos de créditos no controvertidos, si se han cumplido determinadas condiciones procesales y de notificación en el litigio principal, el título procedente de un Estado Miembro debe ser reconocido y ejecutado en los demás Estados Miembros sin que se requiera declaración alguna de ejecutividad y sin posibilidad de impugnar su reconocimiento, procediéndose pues a su ejecución en el Estado requerido como si de un título nacional se tratara.

En cuanto a los temas de familia y, concretamente, al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras dictadas en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en el marco de la Unión Europea procede remitirse entre otros al Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, comúnmente llamado “Bruselas II bis”, sustitutivo del Reglamento (CE) nº 1347/2000, más conocido como “Bruselas II”^[6].

Si se compara el arbitraje con la justicia que imparten jueces y tribunales estáticos, esta figura presenta, sin duda, ventajas que justifican que su utilización se encuentre en alza. Ello obedece, según explica Lorca, a que “el proceso arbitral es, por esencia, muy *simple e informal*, frente a las formas *ordinarias* que adoptan los trámites procesales ante juzgados y tribunales, que, por lo general, son *pesadas, lentas y excesivamente formalistas*, características que en el momento actual aparecen como incuestionables y se hallan en progresión con la

[6] Cuando el título extranjero cuyo reconocimiento y en su caso ejecución se desea solicitar consiste en un laudo o sentencia arbitral (“*arbitration award*”), el cual se halla excluido del ámbito de aplicación de las reglamentaciones arriba indicadas, rige como norma internacional de referencia el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, en vigor para España desde el 10 de agosto de 1977.

importancia del asunto. Por ello, en ese contexto la doctrina ha puesto, además de relieve cómo el arbitraje puede cumplir una doble finalidad:

- a) de una parte, desjudicializar la Administración de justicia ofreciendo alternativas de solución rápidas, económicas y con las mismas *garantías que los tribunales* ordinarios.
- b) Servir, de otra, de eficaz estímulo para que el Estado preste una mayor atención al funcionamiento de los tribunales, cuyas deficiencias serán más notables por contraste con las soluciones que aporta el arbitraje”^[7].

La eficiencia del arbitraje comercial internacional resulta, a todas luces, indudable. Prueba de ello son también los siguientes datos, resaltados con acierto por Carrascosa^[8]: 1) *cumple con el principio de previsibilidad del órgano competente*. 2) *Cumple con el principio de eficiencia intrínseca*. Y ello por cuatro razones: A) se elegirá la institución arbitral que se encuentre en mejor posición para resolver la controversia, pudiéndose optar por un arbitraje ad hoc o por arbitrajes institucionales de probada eficacia. B) La competencia de los árbitros no tiene por qué ser excluyente. Puede concurrir, simultánea o sucesivamente, con la competencia judicial internacional de los jueces de un país o países. De tal modo que las partes pueden elegir al juzgador que, en el momento de la controversia, les resulte más conveniente, optimizando así los resultados. C) Las partes pueden indicar a los árbitros qué reglas de Derecho desean sean aplicadas al fondo de la controversia. D) Permite a las partes otorgar facultades a los árbitros para la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. 3) *Cumple con el principio de previsibilidad del Derecho Internacional Privado aplicable, que no es otro que el Derecho global*.

Como consecuencia de todo ello, el medio arbitral se ha convertido en el más utilizado para el arreglo de diferencias en el comercio internacional. No voy a insistir más sobre las razones que explican la preferencia de los diversos agentes que operan en el tráfico jurídico internacional por el arbitraje: neutralidad y especialización del órgano arbitral, rapidez y economía del procedimiento, confidencialidad, eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales más allá del Estado en que fueron dictados, etc^[9].

[7] Antonio María Lorca Navarrete: *Derecho de Arbitraje interno e internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 31. Asimismo, como el autor continúa explicando: “De otro lado, el arbitraje se justifica, asimismo, por ofrece soluciones técnicas a conflictos complejos, evitando la vía indirecta de la decisión del juez apoyada en la resolución de un perito técnico o experto en la materia”, p. 31.

[8] Javier Carrascosa González: *Globalización y Derecho Internacional Privado*, LiberLIBRO.com, 2002, pp.84-86.

[9] Sirva de ejemplo, que recientemente, concretamente el 12 de julio de 2007, la Organización

II. EL AUGE DEL ARBITRAJE EN EUROPA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

La insatisfacción de la ciudadanía con respecto a la Administración de Justicia es un hecho probado. El arbitraje ha ido progresivamente conquistando muchos ámbitos, dentro de una inicial concepción del arbitraje que lo entendía como sustituto o subsidiario de la justicia estatal. De hecho, el arbitraje concebido como forma privada de justicia había permanecido aletargado durante los siglos de exaltación de la soberanía de los Estados. Si bien los comerciantes de la Edad Media frecuentemente sometían sus disputas a sus propios pares –otros comerciantes– o a terceros, no jueces, que arbitraban en ellas, la consolidación del Estado-Nación y el fortalecimiento de las ideas de la soberanía estatal de los últimos siglos, entre otros factores, provocaron que el arbitraje quedara arrinconado como alternativa efectiva para la resolución de disputas transfronterizas.

Su papel no comenzaría así a despuntar hasta mediados del siglo XX cuando, paralelamente al incremento del comercio internacional y de las relaciones privadas transfronterizas, la justicia arbitral comenzó a ganar cada vez más fuerza, sobre todo, a través de contiendas muy conocidas, como las relativas a la nacionalización del petróleo en países árabes de los años 1970 y 1980. Como explica Carrascosa: “Los Estados pierden, por voluntad propia, el monopolio de impartir Justicia a través de sus respectivos aparatos de Poder Judicial; se deja que las partes otorguen competencia a un órgano no nacional –árbitro, colegio arbitral, instituciones arbitrales internacionales-, que resolverá la controversia pero sin dictar su decisión en nombre de un Estado”^[10].

Los Estados y sus ordenamientos fueron así progresivamente abandonando su actitud de desconfianza y recelo ante un procedimiento que podía llegar a sustraer bloques enteros de competencias al conocimiento de los tribunales judiciales. Buena prueba de ello es que el propio Tribunal Constitucional español ha considerado el arbitraje como <<un equivalente jurisdiccional>> mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado, es decir, una decisión con efectos de cosa juzgada^[11].

Mundial del Comercio (OMC) acordó la creación de un grupo de arbitraje para analizar la denuncia presentada por Estados Unidos contra el régimen de importación de banano de la Unión Europea. De hecho, la Unión Europea aceptó en la reunión del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC que se estableciera un grupo de arbitraje para analizar el litigio, al tiempo que otros diez países, entre ellos Nicaragua, Panamá y Ecuador, manifestaron su interés en participar en él como terceras partes.

[10] Javier Carrascosa González: *Globalización y Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 83-84.

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional español 288/1993, de 4 de octubre.

Para entender la favorable acogida que ha tenido el arbitraje en el ámbito continental europeo es preciso asimismo recordar que la fórmula decisionista judicial derivada de una concepción estrictamente positivista, implantada en los sistemas continentales del Código Civil desde la Revolución Francesa, se viene considerando anticuada y obsoleta. Como ha precisado Ortuño Muñoz: “El modelo de resolución de conflictos basado en unos jueces técnicos, semiautomáticos, sometidos a un reglamentismo legal exacerbado que ha absorbido toda la capacidad de los ciudadanos de negociar sus propios intereses, no es eficaz ni útil para los nuevos litigios que han surgido de un sistema de relaciones sociales que, en parte, era desconocido”^[12]. Cuestión que nos conduce inexorablemente al tema de la globalización de nuestros días que ha afectado, lo quiera o no, al funcionamiento y desarrollo de la institución arbitral.

III. ARBITRAJE Y JUSTICIA GLOBALIZADORA

Durante las últimas décadas, el comercio internacional ha aumentado en volumen, hasta lograr grados ciertamente impensables. Este constante crecimiento de los flujos comerciales ha venido seguido de una flexibilidad y complejidad cada vez mayor de la actividad comercial, motivada por una serie de razones que oscilan, desde la instauración de nuevos sujetos en ella, hasta la variación del objeto de las transacciones desarrolladas, que hacen posible hoy en día la existencia del comercio de bienes inmateriales o servicios. A ello se suma la consolidación de nuevas figuras contractuales y el auge de la contratación entre ausentes^[13].

El fenómeno globalizador ha generado un progresivo crecimiento de la participación de las empresas en el comercio internacional, favorecido por el fortalecimiento de las políticas neoliberales y por la desregularización de las relaciones económicas internacionales. La globalización se halla en la época actual una encrucijada en la que tanto las ventajas como los inconvenientes que a ella se asocian corren de forma paralela a las polémicas planteadas entre las corrientes liberalizadoras y proteccionistas, defensoras y detractoras, respectivamente de la misma^[14].

[12] Pascual Ortuño Muñoz: <<El “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil” de 19.04.2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas>>, *Revista IURIS-LA LEY*, nº 77, Noviembre 2003, p. 42.

[13] Cfr. Carlos Espulgues Mota / Daniel Hargain (Coordinadores): *Derecho del Comercio Internacional. Mercosur – Unión Europea*, Reus, Madrid, 2005, p. 3.

[14] Desde la perspectiva que aquí voy a asumir, la liberalización podría identificarse con la propia institución arbitral, como forma privada de justicia. Mientras que, por otra parte, el proteccionismo vendría a coincidir con el orden público, considerado como el límite tradicional del arbitraje. Cuestión sobre la que me detendré más adelante.

En el ámbito del comercio internacional, la justicia globalizadora se reduce a la institución del arbitraje hasta el punto de que en nuestros días globalización y arbitraje parecen ir de la mano en muchos asuntos. Aún más, podría decirse que el auge de figuras como el arbitraje, como método alternativo de resolución de controversias frente a la justicia estatal, es una de las consecuencias de la globalización donde los intereses en juego ya no son los estatales sino los intereses de los particulares^[15], grupos, empresas, corporaciones, etc. De hecho, el desarrollo del arbitraje internacional privado se encuentra estrechamente unido al desarrollo de los intercambios comerciales entre empresas de diferentes Estados. Como explica Gonzalo Quiroga: “Las cláusulas compromisorias insertas en la práctica totalidad de los contratos internacionales consolidan el papel de los árbitros como principales valedores de la justicia privada y el de la propia institución arbitral como instrumento que inevitablemente es y será la fuente principal de resolución de controversias en este ámbito globalizado y globalizador del mercado”^[16].

El verdadero detonante de la globalización del arbitraje internacional se encuentra en el **Convenio de Nueva York de 1958** sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY). Fecha ésta en la cual se puede decir que verdaderamente comienza la globalización en la institución arbitral. Por ello, se viene considerando al mencionado Convenio como el auténtico promotor y precursor de la mundialización en el arbitraje internacional^[17].

La importancia del Convenio de Nueva York deriva de que los signatarios garantizan la validez de los laudos arbitrales realizados en el extranjero, dentro de su propio ámbito jurisdiccional^[18]. El Convenio neoyorkino se ha convertido en el protagonista indiscutible para conseguir la cohesión de la institución arbitral desde su implantación en el ámbito internacional. Su gran influencia armonizadora en los distintos sistemas arbitrales de todo el mundo se ha tornado ya incuestionable.

Los grandes avances que ha sufrido el comercio internacional en las últimas décadas han originado un claro interés por intentar armonizar la normativa de los diversos Estados en relación con el comercio transnacional, como manera

[15] Javier Carrascosa González: *Globalización y Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 259.

[16] Marta Gonzalo Quiroga: *Orden Público y Arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (Arbitrabilidad y Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 36.

[17] Vid, ibídem, p. 37.

[18] Casi todos los países del mundo han firmado esta Convención de 10 de junio de 1958, por eso el Arbitraje donde quiera que se haya realizado tiene validez universal. Si bien los Estados europeos se han mostrado receptivos al Convenio de Nueva York, éstos a su vez han desarrollado su propia legislación a través de sus Códigos Civiles, Comerciales y Procesales.

de lograr un nivel de seguridad suficiente para mejorar y favorecer los intercambios entre los diferentes países. Varias han sido las instituciones que se han preocupado de este objetivo. Aquí me referiré, particularmente, a dos: por un lado, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y, por otro, la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI).

En primer lugar, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, también conocida como UNCITRAL), fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del Derecho mercantil internacional, y desde luego su labor en las últimas décadas le ha hecho merecedora de grandes elogios. Concretamente, en el ámbito del arbitraje y de la conciliación internacional, interesa resaltar el ya citado Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que es administrado por la CNUDMI, a pesar de no haber sido elaborado por ella; el Reglamento de arbitraje de 1976 sobre arbitraje comercial internacional; la ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985. Igualmente, habría que destacar los trabajos realizados por la CNUDMI en el ámbito de la conciliación: el Reglamento de Conciliación de 1980 y, más reciente en el tiempo, la ley Modelo sobre Conciliación comercial internacional de 2002.

En segundo lugar, la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) se presenta a sí misma como una organización empresarial mundial, establecida en 1923 con sede en París, que agrupa a varios miles de empresas de más de 130 países. Las actividades desarrolladas por la CCI son muy variadas. Nos interesa aquí destacar sus tareas sobre el arbitraje y la resolución de conflictos, al contar en su seno con el Tribunal Arbitral internacional. Junto a la trascendencia inherente de la práctica arbitral desarrollada por su Tribunal Arbitral internacional, la CCI, a través de sus distintas comisiones, desarrolla una amplísima actividad de reglamentación –de naturaleza privada– en el ámbito del comercio internacional^[19]. Resta señalar que la CCI, cuyo Reglamento fue renovado en 1998, es la institución arbitral que tiene un carácter más global en cuanto al número de participantes, casos decididos y miembros que la componen.

[19] Tengamos en cuenta que la CCI se preocupa por la defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado, la autorregulación de empresas, la lucha contra la corrupción o la lucha contra el crimen comercial.

IV. EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Al igual que ocurre en otras partes del mundo, la importancia del arbitraje en la Unión Europea, en buena parte, obedece al incesante crecimiento de los intercambios comerciales así como al permanente aumento de los contenciosos derivados de esta modalidad de tráfico jurídico. Tengamos en cuenta que el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir la decisión de justicia. El arbitraje se regula tanto en los Estados miembros como a escala internacional por el ya citado Convenio de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y ejecución de las sentencias de arbitraje extranjeras, y, en el marco del Consejo de Europa, por el Convenio Europeo de 1966 por el que se establece una ley uniforme en materia de arbitraje.

Asimismo resulta necesario recordar que el art. 220 *in fine* del Tratado constitutivo del Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957) disponía que <<los Estados miembros entablarán, *en tanto sea necesario*, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: ... la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los *laudos arbitrales*>>.

Aunque resulte sorprendente la Unión Europea no cuenta con normativa específica en materia de arbitraje comercial internacional. Como han apuntado Calvo Caravaca y Fernández de la Gandara, “La falta de un Convenio específico de los Estados comunitarios que tenga por objeto asegurar la extraterritorialidad de los laudos arbitrales se explica, sobre todo, por una razón práctica: la dificultad, hoy por hoy, se superar los logros del Convenio de Nueva York de 1958”^[20]. Es más, el hecho de que los distintos países miembros de la Unión fueran parte del Convenio de Nueva York de 1958 determinó, en su momento, que la materia arbitral se excluyera del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resolución judiciales en materia civil y mercantil (art. 1.II.4) y del Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (art. 1.2.d), permaneciendo este asunto en manos del legislador nacional.

Ahora bien, la ausencia de normativa específica sobre arbitraje comercial internacional en el marco de la Unión Europea no ha ido, sin embargo, en de-

[20] Alfonso-Luis Calvo Caravaca / Luis Fernández de la Gandara: *El arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 13.

trimento de la voluntad de fomentar el recurso al arbitraje y a otros medios de resolución alternativa de conflictos^[21].

A partir de este dato y de la verificación fáctica del amplio uso del arbitraje en el ámbito de la Unión Europea, puede constatarse la existencia de un notable proceso de reformas de las distintas normativas nacionales en materia arbitral, tanto interno como internacional. Este proceso de reforma presenta como denominador común una creciente utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985 como texto de referencia. En este sentido, puede decirse que la normativa de arbitraje en países como Alemania, Chipre, Escocia, Grecia, Hungría, Irlanda, Malta o Reino Unido se considera por la propia CNUDMI como normativa “Ley Modelo”. A este listado podría añadirse la Ley española de Arbitraje, de diciembre de 2003^[22].

El arbitraje se encuentra así en la época actual en el punto de mira de la doctrina, por haber sido entendido por algunos como “un mecanismo a través del cual los operadores económicos internacionales pueden lograr la huida de la normativa, en especial, del orden público y las normas imperativas, y de la jurisdicción de los ordenamientos estatales”^[23]. Se ha llegado a sostener, por parte de reconocidos autores, que el fenómeno de huida de los operadores económicos de los ordenamientos y las jurisdicciones estatales lo ha protagonizado el recurso a la *lex mercatoria* y al arbitraje comercial internacional^[24]. Desde mi punto de vista, estas afirmaciones resultan a todas luces exageradas e injustificadas, sobre todo, si tenemos en cuenta que, como ha subrayado Cremades^[25], la potestad jurisdiccional del árbitro no tiene el mismo alcance que la otorgada por la Ley a los juzgados y tribunales, puesto que mientras que los jueces tienen poder de ejecutar lo juzgado, atribuido *ex lege*, el árbitro necesitará del auxilio judicial, cuando la voluntad de las partes no baste para cumplir lo decidido en el laudo o llevar a buen fin el procedimiento. De este modo, jueces y tribunales desempeñan una función esencial en el éxito del arbitraje: por un lado, mediante el apoyo y control del arbitraje; por otro, en el procedimiento de ejecución del laudo arbitral. Por con-

[21] Así, por ejemplo, en el ámbito del arbitraje de consumo, en el cual –entre otras actuaciones– se ha constituido la denominada Red EJE.

[22] Vid. Carlos Esplugues Mota / Daniel Hargain (Coordinadores): *Derecho del Comercio Internacional. Mercosur – Unión Europea*, op. cit., p.746-747.

[23] Marta Gonzalo Quiroga: *Orden Público y Arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (Arbitrabilidad y Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, op. cit., pp.35-36.

[24] Así, entre otros autores, J. D. González Campos: <<El paradigma de la norma de conflicto multilateral>>, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, Derecho Civil y Derecho Público, Civitas, Madrid, 1996, p.5269.

[25] Bernardo M. Cremades: <<El arbitraje en la Doctrina Constitucional Española>>, *Lima Arbitration* nº 1, 2006, p.186.

siguiente, el arbitraje no conlleva “un menoscabo de la actividad jurisdiccional del Estado, sino que otra función, jurisdiccional y arbitral se complementan”^[26]. Con otras palabras: jueces y árbitros han de colaborar como verdaderos socios a la hora de garantizar la libertad contractual de las partes en litigio.

El mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido la postura de que el servicio ofrecido por un árbitro es el de <<...resolver una controversia entre dos o más partes...>> que no puede asimilarse a la representación y defensa de los intereses que de las partes efectúan los abogados. Pensemos, por poner un ejemplo, que en España el árbitro no puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad, por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el TJUE, por no ser un órgano jurisdiccional.

V. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARBITRAJE

El acceso a la justicia es un derecho fundamental recogido en el artículo 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH)^[27]. Este derecho fue elevado a principio general del Derecho de la Unión Europea por el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, texto que goza de eficacia jurídica vinculante tras su incorporación al Tratado de Lisboa. El Derecho a la justicia –reconocido en la Constitución española en el art. 24– es una exigencia a la que todos los Estados deberían responder garantizando su aplicación práctica, en particular, mediante la puesta a disposición de procedimientos judiciales accesibles a todos los ciudadanos, rápidos y poco costosos.

El arbitraje constituye un método alternativo al orden jurisdiccional que contribuye a modernizar el sistema judicial, a hacer efectivo un derecho fundamental y a simplificar los mecanismos jurisdiccionales, sin suponer una pérdida de garantías para el justiciable. Si examinamos el CEDH salta a la vista que se omite cualquier alusión al arbitraje privado como forma de justicia estatal o a cualquier otra forma de resolución extrajudicial de conflictos^[28].

Ahora bien, esta falta de regulación en el CEDH no puede hacer pensar que se rechaza de plano la jurisdicción arbitral o los ADR en particular. Concreta-

[26] Vid, ibídem, p. 190.

[27] M. Gonzalo Quiroga: <<El arbitraje en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, *Derecho de los negocios*, año 8, número 82/83, julio/agosto 1997, págs. 11-25.

[28] M. Gonzalo Quiroga, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2006, págs. 25-31.

mente, el artículo 6.1 referido al derecho fundamental a un juicio equitativo y a un tribunal independiente e imparcial, que consolida el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, parece estar dando cobertura al arbitraje como institución y al resto de mecanismos ADR, al constituir todos ellos otra forma de hacer viable el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

La institución del arbitraje permite a los litigantes decidir solucionar los litigios acudiendo a fórmulas extrajudiciales, siempre y cuando lo hayan decidido voluntariamente. Con ello, se consigue descargar de asuntos a la justicia ordinaria, pero también es buena muestra del fortalecimiento de la posición de los ciudadanos en la sociedad civil actual, ya que éstos pueden elegir libremente las vías mediante las cuales pueden lograr la solución de un litigio^[29]. En principio, desde el momento que los litigantes están de acuerdo en sustraer los asuntos de la justicia estatal en ámbitos disponibles, no debería haber impedimento alguno para el arbitraje, desde el punto de vista del Estado de Derecho, siempre y cuando se respeten también en los sistemas extrajudiciales los valores esenciales constitucionales. Otra cuestión diferente son los requisitos que se exigen para manifestar adecuadamente dicha voluntad y su compatibilidad con las previsiones constitucionales.

El principal obstáculo que el arbitraje ha de superar para sostener su legitimidad constitucional en España es el contenido normativo del art. 117.3 de la Constitución Española, que establece el principio de exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta previsión no cabe entenderla en el sentido de que la justicia ordinaria goce de un monopolio absoluto en cuanto a la función de administrar justicia. Pensemos, por ejemplo, en el art. 125 de la Constitución Española, que establece que los ciudadanos pueden participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado.

Por todo lo anterior, lo que no resulta constitucional es que a un litigante se le pueda impedir el acceso a la justicia estatal en contra de su voluntad. La justicia estatal no está obligada a resolver todos los conflictos sin excepción, debido a que las partes en conflicto pueden acordar acudir a una vía alternativa, en cuyo caso ésta tendrá un carácter preferente, por fundamentarse en la preeminencia de la autonomía de la voluntad en ámbitos del ordenamiento jurídico plenamente disponibles^[30].

[29] J. Picó i Junoy, <<La confianza en el arbitraje y su tutela judicial>>, *Gaceta de los negocios*, 8 de abril de 2005, Legal-fiscal, Dossier de documentación.

[30] J. Almagro Nosete: *La justicia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989. R. Escaler Bascompte: “El arbitraje y su legitimidad constitucional”, recogido en el Capítulo 1 del libro colectivo *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Primera Parte, (Director: Jorge Luis Collantes González), Estudio Mario Castillo Freyre/ Palestra Editoriales, Perú, 2007, pp. 61-88. Bernardo M. Cremades: “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Lima Arbitration*, nº 1, 2006.

El elemento clave que legitima constitucionalmente la posibilidad de sustraer asuntos a la justicia estatal, para llevarlos a los cauces arbitrales, se encuentra recogido en el art. 9 de la Ley de Arbitraje española 60/2003, que regula los requisitos de forma y contenido del convenio arbitral. Allí se contempla que dicho convenio podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente y precisa que deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual. El ámbito sobre el que puede manifestarse dicho acuerdo hay que buscarlo en el art. 2 de la Ley de Arbitraje que señala que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. No debe confundirse la necesidad de atender al ordenamiento para dilucidar la disponibilidad de materias, con aquellos sectores del ordenamiento para los cuales se ha previsto expresamente la oportunidad de solucionar los conflictos acudiendo a arbitrajes.

Cuestión diferente son las dudas sobre la forma de manifestar la voluntad del arbitraje, que se han originado en España precisamente en torno a la regulación que se ha hecho en el ámbito de uno de estos arbitrajes sectoriales: el de transportes. A partir del mismo, se han formulado distintas resoluciones del Tribunal Constitucional argumentando sobre la constitucionalidad del arbitraje^[31].

El Tribunal Constitucional español ha definido el arbitraje como un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En este sentido, el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (STC 174/1995). Sin embargo, en esta misma Sentencia se declaran inconstitucionales los arbitrajes obligatorios, debido a que en ellos las partes no pueden acudir a la justicia estatal, lo que rompe con el principio de exclusividad mencionado en el art. 117.3 de la Constitución Española. En esta misma línea, se interpreta el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24

[31] V. Fairén Guillén: *Doctrina general del Derecho Procesal. (Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales)*, Bosch, Barcelona, 1990. J. Guasp Delgado: *El arbitraje en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956. E. Martínez García: <<La inconstitucionalidad del artículo 38.2 pfo. 1 de la Ley de Transportes Terrestres; en torno a la STC 174/1995>>, *Actualidad Civil*, nº 28, semana 7 a 13 de julio, pp. 623 y ss. A. Pérez Gordó: <<La inconstitucionalidad de las leyes en el arbitraje>>, en *Estudios de Derecho Procesal*, Pórtico, 1981. B. Díaz Madrera: “El arbitraje y el Derecho de la contratación pública” en el Capítulo 4 del libro colectivo *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Primera Parte, (Director: Jorge Luis Collantes González), Estudio Mario Castillo Freyre/ Palestra Editoriales, Perú, 2007, p. 155.

Constitución Española como un derecho al conocimiento de los asuntos por un tribunal integrante del poder judicial.

En la STC 352/2006 se ha detectado un esfuerzo en España para una mayor utilización del arbitraje, flexibilizando los requisitos y formas para prestar el consentimiento que resulta la base del convenio arbitral. De hecho, esta sentencia admite la constitucionalidad de aquellos arbitrajes en que el consentimiento de las partes a someterse a ellos se presupone por ley, si cualquiera de ellas pueda renunciar unilateralmente a la fórmula antes de que se manifieste el conflicto.

Para flexibilizar los requisitos que legitiman la constitucionalidad del arbitraje, como se ha hecho en España, habrá que atender a la confianza que despierten el funcionamiento de los arbitrajes en cada uno de los países. Por el momento, en España, en los arbitrajes de derecho, queda vedada la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por quedar ésta reservada en exclusiva a los tribunales ordinarios. En cualquier caso, la Constitución ha de ser respetada en todo sistema de solución de litigios, judicial o extrajudicial.

VI. REFLEXIONES SOBRE LA IDEA DE ORDEN PÚBLICO COMUNITARIO

La realidad actual refleja que ha crecido la confianza de los Estados en la institución arbitral como justicia alternativa que camina al ritmo de la internacionalización de la economía y de las demandas sociales^[32]. Ahora bien, mientras que la confianza se convirtió en el requisito indispensable para el desarrollo y la autonomía del arbitraje, por su parte, el orden público, entendido en sentido de mínimos, se erigió como el referente esencial que marcaba hasta dónde podía llegar la autonomía de la institución arbitral: “así pues, el orden público y la arbitrabilidad han pasado a ser los dos indicadores principales de la evolución y la autonomía del arbitraje en el nuevo milenio”^[33].

Tengamos presente que si en las vinculaciones mercantiles transfronterizas funciona el principio de la autonomía de la voluntad o libertad de las partes para elegir el Derecho que regirá sus contratos y en su caso la jurisdicción, judicial o arbitral, que entenderá ante una eventual contienda, los límites a dicha autonomía vienen marcados por el llamado “orden público” en los distintos sistemas

[32] Cfr. Marta Gonzalo Quiroga: *Arbitrabilidad de la controversia internacional en Derecho de la Competencia Condiciones Generales de Contratación: Arbitraje Internacional de Consumo, Seguros y Trabajo*, Ed. Alhulia, Granada, 2003, p. 15, correspondiente al <<Prólogo>> de José María Chillón Medina.

[33] Vid, ibídem, p. 34.

jurídicos. Como es de suponer, una de las cuestiones que más preocupa no es sólo en manos de quién está el poder para manejar la liberalización, que también ha afectado a la propia institución arbitral, sino la de los límites sobre el uso de dicho poder que debería existir a escala internacional, donde el orden público transnacional juega un papel verdaderamente importante.

Los principios de orden público se considera que son los que inspiran un ordenamiento jurídico determinado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. La idea general –observa Carbonnier– responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazada por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato^[34]. Por consiguiente, se trata de un mecanismo mediante el cual el Estado reprime las convenciones particulares que puedan atentar contra sus intereses esenciales.

El arbitraje ha sido terreno fértil para el desarrollo y refinamiento reciente de la compleja noción del orden público. Un importante estudio europeo relativo a propuestas de reforma en el ámbito contractual, conocido como Libro Verde, pone de relieve la distinción entre orden público interno e internacional. En el Glosario de Derecho Internacional Privado se define el orden público interno así: <<conjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado. Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por contrato, por ejemplo las destinadas a proteger una parte considerada “débil” (consumidor, trabajador, menor, etc)>>. Con respecto al orden público internacional, también el Libro Verde se pronuncia: <<Después de haber determinado la ley aplicable a una situación jurídica dada, de acuerdo con sus normas de conflicto de leyes, sucede que el juez considera que la aplicación concreta de esta ley entraña un resultado poco compatible con el sistema de valores del foro. En consecuencia, descarta la ley extranjera normalmente aplicable y aplica su propia ley>>^[35].

Se alude también a un orden público comunitario, compuesto por valores fundamentales compartidos en zonas de integración regional, como la europea, y así lo expresa el Libro Verde, según el cual <<tradicionalmente, cada Estado miembro dispone de su propio cuerpo de normas de orden público internacional, pero con la multiplicación de disposiciones imperativas de origen comunitario, asistimos hoy en día al nacimiento de un “orden público europeo”>>.

Del mismo modo que el poder legislativo trasciende y sobrepasa la idea del

[34] Jean Carbonnier, *Derecho Civil*, T. II, Vol. II, Traducción por Manuel M. Zorrilla Ruiz, Editorial Bosch, Barcelona, 1971, pg. 266.

[35] Vid. Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (COM/2002/0654) (<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0654:ES:HTML>).

Estado-nación, pudiéndose hablar ya de un poder normativo a nivel comunitario, resulta difícil de entender por qué razón las reglas de conflicto deberían siempre referirse al Derecho privado de un Estado, y por qué la noción de orden público debería únicamente deducirse a partir de los derechos locales. En esta línea, creo que es razonable pensar que el orden público también puede extraerse de valores transnacionales compartidos.

El orden público comunitario goza de una importancia singular, al haber contribuido a dar contenido progresivamente al orden público internacional o transnacional, encargado éste, como sabemos, de marcar los límites al arbitraje internacional^[36]. Concretamente, gracias a tres decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a este respecto (la STJUE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, C-126/97; la STJUE de 28 de marzo de 2000, *Krombach c. Bamberski*, C7/98; la STJUE de 11 de mayo de 2000, *Renault c. Maxicar y Formento*, C-38/98) se ha afirmado que existe una <<comunitarización>> del concepto de orden público o un orden público comunitario que consagra la existencia de un orden público internacional de fuente comunitaria.

Detengámonos a examinar la decisión que tomó el TJUE en el **caso Eco Swiss China Time v. Benetton (1999)**. La sociedad holandesa Benetton había celebrado un contrato de licencia con Eco Swiss y Bulota, por el que Benetton concedía a Eco Swiss, por un tiempo determinado, el derecho a fabricar relojes con la mención <<Benetton Bulota>>. En virtud de la cláusula arbitral contenida en el contrato, y a raíz de la resolución anticipada del mismo por Benetton, las partes iniciaron un arbitraje ante el Instituto Neerlandés de Arbitraje. Cuando el Tribunal Arbitral dictó dos laudos condenando a Benetton al pago de una indemnización, Benetton solicitó la anulación de los laudos ante los tribunales holandeses, alegando que dichos laudos eran contrarios al orden público debido a la nulidad del contrato de licencia desde el punto de vista del Derecho de la competencia comunitario.

El *Hoge Raad der Nederlanden* planteó una serie de cuestiones prejudiciales en virtud del artículo 234 Tratado CE (antiguo 177)^[37] sobre si el hecho de que el contenido o la ejecución de un laudo arbitral impidiera la aplicación de una prohibición impuesta por el Derecho comunitario de la competencia, implicaba que el juez nacional debiera estimar la acción de anulación que contra ese laudo

[36] A pesar de ello, actualmente, todavía no se puede decir que estén perfectamente definidos los límites del arbitraje comercial internacional por el orden público comunitario.

[37] Según esta disposición, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro tiene que aplicar Derecho comunitario, en relación con una causa de la que esté conociendo, dicho tribunal podrá suspender el procedimiento nacional y formular una solicitud al TJUE sobre la forma en que debe interpretarse un acto jurídico comunitario o los Tratados de la Unión Europea.

arbitral se hubiera planteado. El TJUE precisó: <<...un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al art. 81 CE (ex art. 85 del Tratado de Roma), si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público>>.

El Tribunal de Luxemburgo puso de relieve que la norma de defensa de la competencia del art. 85 del Tratado de Roma constituía una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea. Y como consecuencia de ello, precisaba: <<en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado>>. El TJUE constataba en esta decisión que al ser nulo el contrato objeto del arbitraje, por vulnerar el orden público comunitario, la sentencia arbitral que se había dictado sobre el mismo también asimismo era nula. Como ha observado Cremades: “la decisión del TJCE pone de manifiesto que los árbitros, en la toma de decisiones, no deben ignorar los principios básicos de orden público, al amparo de las formalidades que pueda presentar una determinada relación contractual. Sin duda alguna, existe un proceso de ósmosis entre jueces y árbitros, por el que los órganos jurisdiccionales efectúan un examen pormenorizado del cumplimiento en el arbitraje de principios que forman parte del denominado orden público”^[38].

Una prueba más de la estrecha relación entre jueces y árbitros es que en Europa, los jueces están obligados a tener en cuenta la Convención de Roma de 1950, de cuyos preceptos se desprende un orden público europeo o comunitario, y así lo ha expresado el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por ejemplo, en el muy citado **caso Krombach (C-7/98) del año 2000**. El Tribunal de Luxemburgo sostuvo que entre las manifestaciones del orden público comunitario se encuentran las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a cuyo respeto los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, entre ellos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Por lo demás, la Unión Europea constituye una organización supranacional cuyo Derecho comunitario resulta directamente vinculante para sus Estados miembros. En cada uno de estos Estados el Derecho comunitario forma parte del sistema jurídico nacional. Es más, en caso de con-

[38] Bernardo M. Cremades: <<El arbitraje en la Doctrina Constitucional Española>>, *Lima Arbitration* nº 1, op. cit., p. 216.

flicto prevalece el Derecho europeo sobre el autóctono. Al mismo tiempo, hay que tener presente que algunas reglas básicas del Derecho comunitario europeo, como el libre movimiento de bienes y personas o la libre competencia, forman ya parte del orden público de los Estados miembros de la Unión Europea, lo que ha provocado que el orden público nacional quede en algunos casos relegado.

Por último, el **caso Renault (C-38/98) del año 2000**, me parece llamativo en cuanto que el TJUE señala que aunque no le corresponde a él definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, <<si le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante>>^[39], cuestión en la que remite a la sentencia Krombach. Asimismo el Tribunal de Luxemburgo deja bien claro que corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar con la misma eficacia la protección de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico nacional y los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario^[40].

Junto a estos tres casos referidos, también otro caso digno de consideración es el de **Ingmar GB Ltd. contra Eaton Leonard Technologies Inc. del Tribunal de Justicia del año 2000 (C-381/98)**. El Tribunal de Luxemburgo planteó el tema de que determinadas disposiciones del Derecho comunitario, podían gozar de carácter imperativo. Este era el caso de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, que establece una protección especial a los agentes en sus vinculaciones internacionales. De tal manera que las disposiciones de protección mínima establecidas en esta Directiva comunitaria debían considerarse de orden público europeo y, por tanto, debían prevalecer sobre un resultado supuestamente contrario al que pudieran llevar las normas de conflicto.

A nivel comunitario, este fallo del TJUE trataba de impedir que se evadiesen fraudulentamente disposiciones imperativas recurriéndose a otro Derecho aplicable. Concretamente, se puso de relieve el carácter imperativo de artículos 17 a 19 de la Directiva, cuya finalidad era proteger al agente comercial, una vez que se hubiera extinguido el contrato. Se observó además en la sentencia que las medidas de armonización establecidas en esta Directiva tenían como finalidad, entre otras, suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales. Debido a que el objetivo último de los artículos 17 a 19 de la Directiva era proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego

[39] Apartado 28 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de mayo de 2000.

[40] Apartado 32 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de mayo de 2000.

de una competencia no falseada en el mercado interior, la observancia de las citadas disposiciones en el territorio de la Comunidad resultaba necesaria. De ahí que el TJUE dictaminara que resultaba esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerciera su actividad dentro de la Comunidad, no pudiera eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. Ello se debía a que la función que desempeñaban estas disposiciones exigía que éstas se aplicaran cuando el agente comercial desempeñara su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hubieran pretendido someter el contrato.

Según ha advertido Moreno Rodríguez, este orden público europeo ha sido citado también en casos arbitrales, como en los pronunciamientos de la Cámara de Comercio 4132 de 1983 y 6197 de 1995. Es más, se ha llegado a cuestionar si no se está, en el fondo, ante un orden público “nacional”. Curiosamente en 1998, la Corte Suprema Austriaca concluyó en dos ocasiones que la norma de Derecho comunitario europeo directamente aplicable a los Estados miembros es, por razón de su supremacía, automáticamente parte del orden público nacional austriaco^[41].

No debería perderse de vista que el orden público comunitario tiene un carácter regional. Funciona de una manera parecida, en la idea de territorialidad, al orden público interno, ya que si el Derecho comunitario se implementa como Derecho interno el orden público comunitario deviene un orden público interno de los Estados miembros. La aplicación de la normativa imperativa y del orden público es fundamental en el ámbito comunitario dado que las legislaciones de los Estados miembros de la UE restringen la posibilidad de recurrir al arbitraje únicamente en caso de controversia de Derecho privado y consideran nulas las decisiones arbitrales contrarias al orden público o a las buenas costumbres^[42].

De este modo, el examen por parte de los órganos jurisdiccionales estatales de los Estados miembros en la UE, tanto en fase de ejecución como en anulación del laudo arbitral, de determinados aspectos de fondo que traigan a colación la vulneración del orden público, se establece como un mecanismo de control que pretende evitar el recurso al arbitraje como si de un fraude procesal se tratara.

[41] Vid. José A. Moreno Rodríguez: <<Orden Público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur. Recogido en <http://www.cedep.org.py/doctrina.asp>.

[42] Así lo ha declarado en su punto número 2 la Resolución del Parlamento Europeo sobre el fomento del recurso al arbitraje de Derecho para la resolución de conflictos, *Arbitraje en los conflictos de orden jurídico*, A3-0318/94, DOCE, viernes, 6 de mayo de 1994.

En el ámbito europeo, un orden público comunitario en el arbitraje ha sido esbozado por P. Schlosser, a través de una definición que recoge dos aspectos: Por una parte, la violación del conjunto de normas que limitan la libertad contractual comportarían la violación del orden público comunitario. Por otra parte, la esencia de este orden público la constituirían las cinco libertades fundamentales^[43].

Tengamos también en cuenta que en el ordenamiento jurídico comunitario confluyen países con una larga tradición arbitral, reconocida internacionalmente, frente a otros que gozan desde hace no tanto de nuevas leyes arbitrales. Ello provoca la constatación de una realidad bastante heterogénea desde el punto de vista que aquí se aborda.

VII. EL ARBITRAJE: TAMBIÉN UN MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ACUERDOS EUROPEOS SUSCRITOS CON OTROS PAÍSES

El arbitraje encuentra encaje en los Acuerdos Europeos, al establecer éstos un método para la resolución de conflictos que puede considerarse dual^[44]. Por una parte, cabe que el Consejo de Asociación sea el órgano encargado de resolver mediante una decisión cualquier conflicto relativo a la interpretación o aplicación del texto de los Acuerdos. El recurso al procedimiento de arreglo de controversias es un instrumento relevante en los Acuerdos para adecuar a los Estados firmantes a cauces democráticos e incluso para solucionar los problemas sobre la cláusula democrática y su interpretación.

Pero, por otra parte, cabe una segunda opción puesto en caso de que no resultara posible resolver el conflicto por medio del Consejo, los Acuerdos prevén el recurso al arbitraje. De tal manera que cada parte designará a un árbitro. Al hablar de partes debe entenderse que la Comunidad y los Estados miembros son una parte y que el país asociado de que se trate constituye la otra parte. Será el Consejo de Asociación el que designe a un tercer árbitro. El Tribunal arbitral adopta sus decisiones por mayoría y las partes toman en este caso también todas las medidas necesarias para que se produzca el efectivo cumplimiento.

[43] P. F. Schlosser: <<Arbitration and the European Public Policy>>, *L'arbitrage et le droit européen*, Actas del coloquio de la CEPANI de 25 de abril de 1997, Bruselas, Bruylant, 1997, p. 81.

[44] Enrique Navarro Contreras, *La ampliación de Europa y el Derecho del comercio internacional: los Acuerdos Europeos*, Ahulia, Granada, 2002, pp. 228-230.

VIII. OTRAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Aun cuando el arbitraje a menudo no se considera dentro de la categoría de los métodos alternativos de solución de conflictos^[45], creo que dada su importancia cada vez mayor en el ámbito europeo conviene referirse a estos últimos. Y es que ante las dificultades de la justicia convencional para hacer frente a un sinnúmero de causas planteadas en sede de tribunales, las *Alternative Dispute Resolutions (ADR)* o, en terminología francesa, los *Methodes Alternatives de Resolution de Controversies (MARC)*, se constituyen en un instrumento básico para reforzar la resolución extrajudicial de conflictos nacidos de la firma de un contrato en la Unión Europea.

Desde la Comisión de la Unión Europea y con la perspectiva de un espacio judicial común, se ha pretendido que la implantación de los ADR se presentara como un signo de identidad de la nueva Europa, al tiempo que un medio para afrontar la crisis de la administración de justicia, que no constituye sólo un problema nacional, sino que es un grave problema común de todos los Estados miembros.

Tanto su carácter consensual como su flexibilidad de formas permite que las partes, mediante la inclusión de una cláusula específica y vinculante, prevean el posible desacuerdo vinculado a la fase de ejecución del contrato, abriendo un procedimiento alternativo para dar solución a las desavenencias generadas^[46]. Incluso, en el supuesto de que los actores no hayan previsto esta fórmula, podrán recurrir a ella en el momento en el que se haya generado el litigio. El papel que juega el tercero es el de facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, de tal modo que éstas nunca dejan de ser las verdaderas protagonistas.

La mediación, la conciliación o el mini-trial constituyen así métodos alternativos de solución extrajudicial de conflictos, cuya misión es acabar con las discrepancias nacidas del acuerdo. Además de caracterizarse por su bajo coste^[47], son rápidos y otorgan seguridad jurídica a la solución definitiva de las controversias.

[45] Ello se debe a que el laudo arbitral tiene muchas más semejanzas con la sentencia judicial que, por ejemplo, con el acuerdo de mediación.

[46] Las partes pueden decidir su aplicación, quién se hará cargo del proceso, ya sea una persona física o una organización, cómo se va a desarrollar el procedimiento y si van a acudir personalmente o hacerse representar por un tercero durante el desarrollo de la causa.

[47] En lo que al coste se refiere, lo usual es que éste sea sufragado por las partes. Puede suceder que la propia organización encargada del procedimiento, especialmente en el supuesto de que tenga carácter público, corra con los gastos producidos por su gestión, o que los profesionales responsables de la ADR no perciban remuneración alguna.

Las ADR pueden aplicarse por un juez, confiadas por éste a un tercero en el marco de un procedimiento judicial o ser utilizadas por particulares con la finalidad de encontrar una respuesta de consenso al conflicto generado por un contrato, más aún cuando el litigio goza de un carácter transfronterizo.

La Unión Europea se ha mostrado muy favorable hacia las modalidades alternativas de solución de conflictos. A partir del Plan de Acción de Viena de diciembre de 1998^[48] y de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de octubre 1999, el Consejo de Ministros Justicia e Interior invitó a la Comisión a que presentara un **Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho civil y mercantil distintas al arbitraje**, en el que analizara la situación existente e iniciara una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que conviniera adoptar. Debía darse prioridad a la posibilidad de establecer principios fundamentales, en ámbitos generales o específicos, que ofrecieran garantías necesarias para que la solución de los conflictos por instancias extrajudiciales supusiera el nivel de seguridad requerido en la administración de justicia.

La Comisión Europea, al ser plenamente consciente de las dificultades que atravesaba la justicia en sus Estados miembros (lentitud, falta de conocimientos específicos en materia comercial por parte del juzgador, dilación en la obtención de la sentencia firme...), ha tratado con insistencia de animar el uso de las *Alternative Dispute Resolutions* como instrumento de mejora de una situación preocupante, haciendo de su uso una verdadera prioridad política. Su confianza en estas figuras, entre las que destaca la mediación^[49], le condujo a defender que ésta podía contri-

[48] Apartado 83 de las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Viena de 1998: <<El Consejo Europeo aprueba el plan de acción del Consejo y de la Comisión referente a las modalidades óptimas de aplicación de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas al establecimiento de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia>>. Este plan de acción se publicó en el DO C 19 de 23 de enero de 1999, pág. 1. El párrafo b) del apartado 41 de este plan de acción dispone que: <<estudiar la posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de los litigios, especialmente cuando se trata de conflictos familiares transnacionales. A este respecto, sería conveniente pensar en la mediación como un medio de resolver los conflictos familiares>>. Las conclusiones de las reuniones del Consejo Europeo pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://ue.eu.int/fr/Info/euroconcil/index.htm>

[49] La Comisión Europea ha definido la mediación del siguiente modo: <<Todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro. No incluirá los intentos del juez por solucionar el litigio en el curso del proceso judicial referente a ese litigio>>.

Por otra parte, entiende por mediador: <<Todo tercero que lleva a cabo una mediación, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro concernido y del modo en que haya sido designado o se le haya asignado la mediación>>. Vid. Directiva

buir a una mayor sostenibilidad de las tendencias económicas y sociales al preservar la relación entre las partes tras la solución del litigio, a diferencia de los efectos con frecuencia perturbadores de la resolución de pleitos a través de un proceso judicial. Parecía así más probable para la Comisión que los acuerdos de resolución alcanzados a través de la mediación se cumplieran voluntariamente y también que preservasen una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios resultaban aún más perceptibles en situaciones con elementos transfronterizos.

8.1. *El Libro Verde*

La Comisión Europea publicó el 19 de abril de 2002 el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil^[50]. En él, la Comisión analiza en profundidad las ADR, intentando brindar soluciones a un problema en el que se encuentran envueltos al mismo tiempo la justicia y los ciudadanos europeos^[51].

Si las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil suscitan un interés especial en la Unión Europea, ello se debe a tres razones:

- 1) <<Se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello.
- 2) Las ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados miembros, atención que en ocasiones desemboca en trabajos de carácter legislativo.
- 3) Las ADR representan una prioridad política –confirmada en varias ocasiones– para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad. Se ha hecho especial hincapié en esta prioridad política en el ámbito de la sociedad de la información en el que se reconoce el papel de los nuevos servicios en línea de solución de conflictos (“ODR” por Online Dispute Resolution) en materia de solución de litigios transfronterizos a través de internet>>^[52]

marco sobre la mediación, a la que me referiré de un modo exhaustivo más abajo.

[50] Bruselas, 19.04.2002. COM (2002) 196 final. El Libro Verde trata de las ADR en el ámbito del Derecho civil y mercantil, incluidos el Derecho laboral y el relacionado con el consumidor.

[51] El objetivo principal de este Libro Verde era proceder a una amplia consulta de los medios interesados sobre una serie de cuestiones jurídicas que se planteaban respecto a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

[52] Libro Verde, *ibídem*, p. 5.

En el Libro Verde, tras reconocerse las indudables ventajas de la aplicación de la justicia privada desarrollada en un ámbito de consenso, define la figura como una modalidad alternativa de solución de conflictos aplicada por un tercero imparcial, de los que el arbitraje queda excluido por entender que el objetivo del laudo es sustituir a la decisión de la justicia.

En su Libro Verde, la Comisión recordaría que el desarrollo de estas formas de solución de los litigios no debía considerarse como un remedio de las dificultades de funcionamiento de los tribunales de justicia, sino como otra forma más consensual de pacificación social y solución de conflictos y litigios que, en muchos casos, podía ser más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero, fuera un juez o un árbitro.

Las ADR están en auge desde hace algunos años. Interesa recordar que en 1994 se creó una red de centros de arbitraje y mediación mercantil, con sede en España, Francia, Italia y el Reino Unido, bajo forma de agrupación europea de interés económico. Esta red, llamada “Red europea de Arbitraje y de Mediación” (REAM) o “European Network for dispute Resolution” (ENDR) pudo disfrutar en sus comienzos, en particular, de un apoyo financiero comunitario administrado por la Comisión Europea, Dirección General XXIII “Pequeña y mediana empresa”.

Las modalidades alternativas de solución de conflictos, como, por ejemplo, la mediación, permiten que las partes vuelvan a entablar un diálogo para encontrar una verdadera solución a su litigio mediante la negociación, en vez de encerrarse en una lógica de conflicto y confrontación que desemboca normalmente en una situación de vencedores y vencidos. Ellas mismas eligen la manera de solucionar el desacuerdo, desempeñando un papel activo para intentar descubrir por sí mismas la solución que les conviene mejor. La importancia de este método es evidente, por ejemplo, en los conflictos familiares, aunque su utilidad potencial es muy amplia en otros tipos de litigios desde el momento en que se posibilita superar el debate propiamente jurídico y de encontrar una solución personalizada y adaptada al conflicto^[53].

El Libro Verde tenía por objeto esencialmente encontrar respuestas al delicado equilibrio entre la necesidad de mantener la flexibilidad de estos procesos garantizando al mismo tiempo su calidad, y su articulación armoniosa con los procedimientos judiciales. Al mismo tiempo, el Libro Verde hacía hincapié en las realizaciones e iniciativas ya adoptadas en este ámbito por los Estados miembros y la Comunidad.

[53] Por ello se viene usando cada vez más en complicados litigios comerciales en los que las partes además de solucionar el conflicto quieren seguir manteniendo en la medida de lo posible una relación comercial. De hecho, está siendo muy común en los litigios derivados de accidentes médicos en los que mediante la mediación se puede llegar a la adopción de soluciones creativas e innovadoras, fuera del alcance de los tribunales de justicia.

Al publicar este Libro Verde, la Comisión participó en la continuación de los debates en curso en los Estados miembros y a nivel internacional sobre la mejor manera de garantizar que las modalidades alternativas de solución de conflictos se desarrollaran en un entorno óptimo.

Las 21 preguntas planteadas en el Libro Verde se referían a los elementos determinantes de las distintas modalidades alternativas de solución de conflictos, tales como la cuestión de los acuerdos para hacer uso de estos procesos, el problema de los plazos de prescripción y caducidad, la exigencia de confidencialidad, la validez del consentimiento, la eficacia de los acuerdos resultantes de estos procesos en particular su ejecución, la formación de los mediadores y otras terceras partes, su acreditación, su régimen de responsabilidad.

En julio de 2004 la Comisión decidió crear un código de conducta de los mediadores que fue aprobado por una amplia mayoría de expertos en mediación y adoptado el 22 de octubre de 2004 por la Comisión y sometido al Parlamento y el Consejo europeo como **Directiva marco sobre la Mediación**^[54].

El Libro Verde, el Código de Conducta y la propuesta de Directiva se inscriben todos ellos en el marco de los trabajos que la Comunidad Europea realiza para crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, y más concretamente para garantizar un mejor acceso a la justicia. Este es el objetivo por antonomasia: <<que particulares y empresas no se vean impedidos ni disuadidos de ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legislativos y administrativos en los Estados miembros. En este contexto, el concepto de acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial >>^[55]. La Directiva intentaba contribuir al logro de este objetivo, facilitando el acceso a la resolución de litigios a través de dos tipos de disposiciones: por un lado, las dirigidas a consolidar una relación dinámica entre la mediación y el proceso judicial, creando unas disposiciones de mínimos en la Comunidad sobre varios aspectos esenciales del procedimiento civil; por otro, facilitando los elementos necesarios para que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros promuevan de una manera activa el uso de la mediación, pero sin necesidad de convertirla en obligatoria ni tampoco condicionarla a sanciones concretas.

[54] Bruselas, 22.10.2004 COM (2004) 718 final. 2004/0251 (COD). <<Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles>>. SEC (2004) 1314. Presentada por la Comisión.

[55] Vid. Exposición de motivos de <<Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles>>. Bruselas, 22. 10. 2004. COM (2004) 718 final. 2004/0251 (COD). SEC (2004) 1314. Presentada por la Comisión, p. 2.

Según ha defendido la Comisión Europea de un modo literal: «La utilidad de ampliar el recurso a la mediación lo constituyen esencialmente las ventajas del propio mecanismo de solución de litigios: una manera más rápida, simple y rentable de solucionar conflictos que permite tener en cuenta más aspectos de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente y preserva una relación amistosa y sostenible entre ellos. La Comisión cree que la mediación es una cantera sin explotar como método de resolución de litigios y de dar acceso a la justicia entre particulares y empresas.

Sin embargo, la promoción directa de la mediación por parte de la Comunidad es necesariamente limitada y la única medida concreta al respecto contenida en la propuesta es la obligación de los Estados miembros de permitir a los órganos jurisdiccionales sugerir la mediación a las partes. Asegurar una relación dinámica entre la mediación y los procedimientos judiciales, sin embargo, contribuirá indirectamente también a promover la mediación»^[56].

No es la intención de la Comisión presentar la mediación como una alternativa a los procesos judiciales, sino como uno de los diversos métodos de resolución de litigios disponibles en una sociedad avanzada que puede ser el más acertado para algunos litigios, pero claramente no para todos. Por otra parte, subrayaría la Comisión que «la disponibilidad de métodos ADR (*alternative dispute resolution*) en general no puede en modo alguno sustraer la obligación de los Estados miembros de mantener un sistema jurídico eficaz y justo que cumpla los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituye uno de los pilares clave de una sociedad democrática»^[57].

La Comisión Europea argumentaba que fomentar el uso de la mediación y otras formas alternativas de resolución de conflictos (MASC) facilitaría su resolución, ayudaría a evitar los problemas, el tiempo y coste implícitos a los litigios ante los tribunales de justicia y serviría a los ciudadanos como una vía real de garantizar sus derechos reales.

El problema que deriva de esta forma de resolución de litigios es que los Estados miembros no tienen una normativa marco que pueda tratar al detalle y de forma uniforme todos los aspectos jurídicos vinculados a las ADR.

En lo que se refiere a las ADR desarrolladas en el ámbito de los procedimientos judiciales, las leyes de enjuiciamiento civil permiten la preceptiva consulta al juez a efectos de llegar a la conciliación entre las partes, o más bien, establecen esa conciliación como elemento obligatorio del procedimiento. Como se puede observar el cometido del juzgador dista mucho de las funciones que normalmente le asigna la ley.

[56] Vid. *Ibidem*, p. 3.

[57] Vid. *Ibidem*, p. 4.

Las ADR encomendadas por el juez a terceros sí cuentan con regulación específica de alcance general, incluso en algunos países se recoge la obligación de recurrir a una ADR antes de ir al pleito, ya sea por una decisión adoptada por el juez o por imperativo legal (Francia, Bélgica, Alemania). La elección del tercero designado para resolver el litigio tiene su origen en una serie de criterios: puede tratarse de un funcionario (por ejemplo Grecia, en materia de conflictos laborales), o un particular, inscrito en una lista que acredita el cumplimiento de unos requisitos previos (por ejemplo Francia, en materia de conciliación judicial exige al intermediario cumplir con los requisitos de moralidad y profesionalidad) o, finalmente, ser elegido por razón del caso en el que va a intervenir.

La ADR convencional no cuenta con ningún tipo de normativa, ni general ni específica, siendo regulada por disposiciones de Derecho contractual y los correspondientes principios generales inspiradores de toda relación jurídica, sin embargo algunos Estados miembros han logrado establecer legislaciones de carácter sectorial que establecen la creación de servicios específicos para impartir justicia mediante este instrumento.

Una de las cuestiones planteadas por la aplicación de la ADR a la resolución del conflicto parte del supuesto de que fracase su procedimiento y prescriba el plazo para acudir a tribunales. Algunos Estados han determinado expresamente que el recurso a la ADR acarree la suspensión automática de plazo de prescripción de la denuncia objeto de litigio (por ejemplo, Alemania), pero esto obligaría a todos los países miembros a reformar las leyes de enjuiciamiento civil, cuestión difícilmente aplicable a la práctica legislativa en la actualidad.

Si las partes llegan a un acuerdo a través de la figura de una ADR deberíamos también preguntarnos cuál es su alcance jurídico, especialmente porque no todos los Estados le conceden la misma validez y eficacia. Se trata entonces de buscar un denominador común, y éste se encuentra en que cualquier modalidad de ADR constituye una forma de transacción. Los acuerdos son posibles siempre que se haya consignado la orden de ejecución forzosa, porque el juez los apruebe o porque las partes recurran a una escritura pública^[58].

8.2. *El sistema SOLVIT*

Es evidente que en el ámbito mercantil, la tendencia a buscar sistemas alternativos de resolución de conflictos se ha traducido en el impulso de figuras como el arbitraje, la mediación y los mecanismos de autorregulación. Sin embargo, en el Derecho administrativo, y para el caso de conflictos entre particulares o empresas y administración pública, las iniciativas a favor de estos sistemas

[58] En algunos Estados miembros las transacciones inscritas en los actos de una instancia de ADR autorizada sí que tienen título ejecutivo.

han tenido menos acogida. Ahora bien, incluso en este ámbito administrativo, el arbitraje se va imponiendo para solventar conflictos que puedan generarse entre organismos públicos.

En este marco, la Comisión Europea ha impulsado un sistema extrajudicial con la idea de que se resuelvan de forma rápida y eficaz las situaciones en las que una empresa o un particular detecte que un Estado miembro incumple o aplica incorrectamente alguna norma de Derecho comunitario relacionada con el establecimiento del mercado interior. El sistema, denominado SOLVIT, pretende facilitar al ciudadano y a las empresas el ejercicio de los derechos que las normas comunitarias establecen en materia de libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, sin necesidad de iniciar procedimientos legales.

Podría decirse que SOLVIT es una red en línea de resolución extrajudicial (informal) de problemas transfronterizos entre una empresa o un ciudadano y una autoridad pública nacional que deriven de una posible aplicación incorrecta de la legislación comunitaria. Los centros SOLVIT forman parte de las administraciones nacionales y tratan de ofrecer ayuda para la tramitación de reclamaciones de ciudadanos y empresas de un modo rápido, gratuito y eficaz sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia^[59]. La red actúa en cualquier Estado miembro de la UE, además de Noruega, Islandia y Liechtenstein.

SOLVIT comenzó a funcionar en julio de 2002 y se ha mostrado útil a la hora de resolver los problemas transfronterizos en la Unión Europea relacionados con el trabajo, el reconocimiento de títulos universitarios, la matriculación de automóviles o la creación de empresas.

Aunque son los Estados miembros los que gestionan el servicio, la Comisión Europea proporciona medios y, en caso necesario, ofrece asistencia para acelerar la resolución de problemas^[60]. Es más, la Comisión se ocupa de velar por la mejora de los servicios SOLVIT ante la ampliación y el éxito de la red^[61].

[59] Otros sistemas de resolución informal de conflictos entre consumidores y empresas son: 1) la Red FIN-NET, que permite a los consumidores obtener una resolución rápida de los problemas en el sector de los servicios financieros transfronterizos; 2) la Red de centros europeos de los consumidores <<Red CEC>> o ECC-NET para la resolución de litigios de consumo transfronterizos.

La Comisión participó también en la puesta en funcionamiento de la plataforma electrónica ECODIR para la resolución de conflictos relacionados con el consumo.

[60] En este sentido hay que destacar la Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 2001 sobre los principios para la utilización de <<SOLVIT>> - Red de Resolución de Problemas en el Mercado Interior- [Diario Oficial L 331 de 15.12.2001]. El Consejo ha ratificado esta Recomendación de la Comisión. Vid. Conclusiones del Consejo sobre la red <<SOLVIT>>. Consejo <<Mercado interior>> de 1 de marzo de 2002 [no publicadas en el Diario Oficial].

[61] Vid. Documento de trabajo de la Comisión de 27 de septiembre de 2005 relativo al sistema de resolución de conflictos en el mercado interior (red SOLVIT) [SEC (2005) 543 – no publicado en el Diario Oficial].

Las soluciones que emite esta red de resolución extrajudicial de conflictos no son vinculantes. En caso de que el cliente considere la propuesta inaceptable, siempre puede acudir a la vía judicial para resolver el conflicto. El Estado miembro de que se trate tiene entonces obligación de resolver el conflicto. Si el Estado miembro no hiciera nada al respecto, la Comisión se reserva el derecho de adoptar medidas. De hecho, la Comisión realiza periódicamente tareas de evaluación de los centros para constatar no sólo la eficacia de la red sino el tipo y forma de soluciones que se están adoptando.

VI. CONCLUSIONES

En el marco del Derecho de la Unión Europea, el arbitraje como método de resolución de controversias alternativo a la justicia estatal, ha ido en aumento. Ahora bien, en ningún caso debería ser éste un instrumento para evadir disposiciones imperativas del orden público. En la actualidad, asistimos a un proceso de comunitarización del orden público, que confirman diversos fallos dictados por el TJUE y que condicionan el desenvolvimiento de la institución del arbitraje en el ámbito de la Unión Europea. Desde las instancias de la Unión Europea se está animando al uso no sólo del arbitraje sino de otros métodos nuevos de resolución extrajudicial de controversias. En cualquier caso, todos ellos no pueden perder de vista el objetivo para el que fueron creados: garantizar a los ciudadanos europeos un verdadero acceso a la Justicia y al Derecho que demanda la sociedad de nuestros días.

* * * * *

JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIONAL

***PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DEL
CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE***

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL STC 00142-2011-PA,
DEL 26 DE SETIEMBRE DE 2011.

CASO MARIA JULIA

EXP. N.º 00142-2011-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LTDA.
MARIA JULIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de setiembre de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli y el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani, que se agregan

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 136, su fecha 23 de julio de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de diciembre de 2009, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral compuesto por el Árbitro Único don Luis Humberto Arrese Orellana, a fin de que se declare la ineficacia del laudo arbitral de derecho contenido en la Resolución del 22 de septiembre de 2009, recaída en el Caso Arbitral N° 1487-119-2008, así como su inscripción registral dispuesta por el mismo laudo, y que se ordene que se retrotraiga el Caso Arbitral N° 1487-11-2008 hasta antes de la expedición del referido laudo. Alega la

recurrente que se afecta sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Según la recurrente, el árbitro demandado no ha explicado o fundamentado debidamente por qué existe una “incompatibilidad” en la cláusula Tercera del Contrato de Cesión Minera en cuanto al momento de inicio de la exploración minera. Más aún, el laudo se fundamenta en la invocación de normas impertinentes para la interpretación de la cláusula referida. Asimismo, la recurrente sostiene que el árbitro demandado no ha valorado debidamente los hechos y la prueba documentaria que obra en el expediente arbitral.

El Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima, mediante Resolución de fecha 23 de diciembre de 2009, declara de plano improcedente la demanda interpuesta, por cuanto la recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa. A su turno, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirma la apelada, pero considera además, que la demanda es improcedente por la existencia del recurso de anulación del laudo (según la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje), que es vía igualmente satisfactoria para la protección de la pretensión solicitada.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. Conforme se indica en la demanda, el presente proceso constitucional se dirige a restablecer las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos constitucionales invocados por la recurrente como resultado del laudo arbitral de derecho emitido con fecha 22 de septiembre de 2009 dentro del Caso Arbitral N° 1487-119-2008. Según afirma la recurrente, dicha vulneración se habría producido por existir una deficiente y contradictoria fundamentación en el referido laudo.

Consideración preliminar

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Colegiado considera pertinente referir que a la fecha, existe una buena cantidad de procesos en trámite en los que se viene cuestionando el proceder de la jurisdicción arbitral de cara a lo establecido en la Constitución. Consciente de la importancia del arbitraje dentro del orden constitucional, este Tribunal considera conveniente proceder a una reformulación y/o consolidación de los criterios establecidos en su jurisprudencia, con el objeto de dar una visión actualizada de lo que hoy en día representa para este Supremo Interprete de la Constitución la institución del arbitraje y la fórmula de control constitucional aplicable a éste.

La evolución del control constitucional sobre la justicia arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

3. La perspectiva de un control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral no es desconocida ni mucho menos reciente para este Colegiado. La primera vez que esto se sometió a discusión data del año 1999, con motivo del proceso de amparo promovido por Pesquera Rodga S.A. contra los miembros de un Tribunal Arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO PERU) (STC 189-1999-AA/TC). En aquella oportunidad se dejó claramente establecido que *“la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar (...) no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral (...)”* (fundamento 3).

4. Aunque los criterios por entonces establecidos respondían directamente al estado de la jurisprudencia en relación con el control constitucional de las decisiones judiciales (que, como se sabe, sólo permitía la defensa de derechos constitucionales estrictamente procesales), se aceptó la posibilidad de habilitar la opción descrita, de una forma no menos restringida que la que ya se daba para otras manifestaciones de control.

5. Es pertinente precisar que por la misma época el tema también fue abordado desde la perspectiva legislativa. En efecto, mediante Ley N° 27053 publicada en el diario oficial “El Peruano” el 19 de enero de 1999, quedó modificado el artículo 6°, inciso 2), de la entonces vigente Ley de Habeas Corpus y Amparo (N° 23506), estableciendo la improcedencia de las acciones de garantía *“Contra resolución judicial o arbitral emanadas de proceso regular”*, lo que *contrario sensu*, y siguiendo la jurisprudencia existente en aquel momento, significaba que si el proceso (sea este judicial o arbitral) devenía en irregular, quedaba habilitado el control constitucional.

6. Casos posteriores de cuestionamiento a decisiones arbitrales no se volverían a presentar durante un periodo relativamente largo. Es recién en el año 2005 que el Pleno del Tribunal Constitucional, utilizaría un proceso en el que colateralmente se discutía un arbitraje, para teorizar nuevamente sobre el tema, esta vez de un modo mucho más detallado. Se trata de la sentencia recaída en el proceso de habeas corpus promovido por Felipe Cantuarias Salaverry contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima (STC 6167-2005-PHC/TC). En esta Ejecutoria y al margen de las con-

sideraciones teóricas en ella desarrolladas y que abogan decididamente por el control constitucional de las decisiones arbitrales, se sentarán los siguientes criterios: **a)** El control judicial es siempre *a posteriori* y se ejerce a través de los recursos de apelación y anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitraje (N° 26572); **b)** El control constitucional se sujeta a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, precisándose que tratándose de materias de competencia del fuero arbitral, de conformidad con el artículo 5°, numeral 4, del citado Código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas; en ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo; y **c)** En este contexto, el control constitucional jurisdiccional se desenvuelve *a posteriori*, cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, que los vinculan en atención a los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

7. Tiempo después y mediante la sentencia recaída en el proceso de amparo promovido por Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C. contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited (STC 4972-2006-PA/TC), el Tribunal Constitucional volverá a pronunciarse sobre el tema, reiterando algunos de los criterios establecidos hasta entonces a la par que ampliando algunos otros. El razonamiento, en esta ocasión, se sintetiza en tres extremos: **a)** El control constitucional de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral procede cuando ésta vulnera o amenaza cualquiera de los aspectos que formal o materialmente integran la llamada tutela procesal efectiva, y siempre que se haya agotado la vía previa; **b)** El control constitucional procede cuando la jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsiva o unilateralmente; **c)** El control constitucional opera cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha decidirse tienen carácter indisponible (derechos fundamentales, temas penales, etc.).

8. Más recientemente el Tribunal Constitucional aborda de nuevo el tema y agrega algunos aspectos adicionales, mediante la sentencia recaída en el proceso de amparo promovido por PROIME Contratistas Generales S.A. contra los miembros del Tribunal Arbitral del Colegio de Ingenieros del Perú (STC 4195-2006-PA/TC). En dicho pronunciamiento, se habla hasta de cinco reglas en materia de control sobre la jurisdicción arbitral. Conforme a éstas: **a)** El amparo no procederá cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo, por lo que en tales supuestos habrá que esperar la culminación del

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

9. Como puede apreciarse, el tratamiento del control constitucional respecto de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral no siempre ha sido el mismo y las reglas en su momento instituidas han ido no solamente variando con el curso del tiempo, sino que algunas han sido retocadas con distinta intensidad.

Los alcances de la jurisdicción arbitral

10. De acuerdo con el Artículo 138° de la Constitución Política del Perú: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes*”. A su turno el artículo 139° inciso 1) de la misma norma fundamental, prevé como un principio a la par que un derecho ante la función jurisdiccional, “*La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional*”, quedando claramente establecido que “*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral*”.

11. A partir de lo establecido por la norma fundamental, “*el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su 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).*

13. Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la Justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

*El modelo de control constitucional sobre la jurisdicción arbitral
y la necesidad de reacomodarlo a lo previsto en el
Código Procesal Constitucional*

14. Como se ha visto, han sido diversos los criterios que de una u otra manera, han venido perfilando los aspectos del control constitucional de la jurisdicción arbitral. No obstante, considera este Colegiado que aun cuando buena parte de dichos criterios no han perdido su importancia, requieren ser acoplados de una manera mucho más directa a lo expresamente previsto por el Código Procesal Constitucional, en cuanto referente obligado de cualquier fórmula procesal tendente a defender la Constitución.

15. Es pertinente recordar que un cambio radical entre el modelo procesal actualmente vigente y el anterior, vino representado por el paso de un amparo alternativo a uno de carácter subsidiario o residual. Este cambio supuso la conversión del amparo en un instrumento procesal que habiéndose concebido en sus inicios como un mecanismo indiscutiblemente amplio y flexible en sus alcances, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional sólo podía

y debía ser usado, en casos de extrema urgencia o cuando las necesidades de tutela normalmente dispensables en la vía judicial ordinaria no fueran suficientes para defender o tutelar los derechos constitucionales reclamados. Es ese el sentido del artículo 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.

20. De acuerdo con lo indicado líneas arriba y con la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:

Improcedencia del amparo arbitral

- a) El **recurso de anulación** previsto en el Decreto Legislativo N° 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

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

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

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

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

El control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral

22. Líneas arriba hemos recordado que, conforme al artículo 139° inciso 1) de la Constitución, el arbitraje es una jurisdicción independiente del Poder Judicial o jurisdicción común, que se explica no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial de libre disposición.

23. Esto no afecta el *principio de unidad de la función jurisdiccional* (que implica que el Estado, en conjunto, posea un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tengan idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento), ya que, como ha señalado 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).

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.

Dilucidación de la controversia

27. Como se ha visto con anterioridad, el objeto del presente proceso constitucional es reponer las cosas al estado anterior a la expedición del laudo arbitral, supuesto vulnerador de los derechos constitucionales invocados por la recurrente.

28. De autos puede apreciarse que lo que la recurrente expresa en su demanda es su discrepancia con la interpretación hecha por el árbitro demandado a la cláusula Tercera del Contrato de Cesión Minera (a fojas 46 y 47) –modificado por el Contrato de Cesión de Posición Contractual, del 7 de diciembre de 2007– en cuanto la fecha en que Aurífera Huachón S.A.C. debía iniciar las actividades de exploración minera. Alega también la recurrente su discrepancia con el laudo en cuanto a las normas aplicadas por el árbitro para la interpretación del referido contrato y la valoración realizada por éste a los hechos y la prueba documentaria que obra en el expediente arbitral, que definieron la cuestión de fondo discutida en el arbitraje.

29. En dicho contexto, el Tribunal Constitucional considera que los hechos propuestos por la recurrente no constituyen causal que amerite la revisión del laudo arbitral a través del proceso de amparo; por ello la demanda debe ser desestimada.

Establecimiento de precedentes vinculantes

30. Habiéndose establecido en los fundamentos 20, 21 y 26 de la presente sentencia nuevas reglas en materia de amparo contra las decisiones emanadas de la jurisdicción arbitral y sobre el ejercicio del control difuso de constitucional en dicha jurisdicción, este Supremo Intérprete de la Constitución, habida cuenta de la importancia de la materia involucrada, considera pertinente su reconocimiento a título de precedentes vinculantes, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

31. A partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial “El Peruano”, toda demanda que se encuentre en trámite y que no

se ajuste al precedente vinculante establecido en la presente sentencia debe ser declarada improcedente. Por seguridad jurídica y en vía excepcional las partes pueden en un plazo no mayor de 60 días hábiles interponer recurso de apelación o anulación, según corresponda, en sede ordinaria.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos.
2. Disponer que las reglas establecidas en los fundamentos 20, 21 y 26 de la presente sentencia constituyen precedentes vinculantes, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

EXP. N.º 00142-2011-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LTDA.
MARIA JULIA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

1. La empresa demandante interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral compuesto por el árbitro único don Luis Humberto Arrese Orellana, a fin de que se declare la ineficacia del laudo arbitral de derecho contenido en la Resolución de fecha 22 de setiembre de 2009, recaída en el caso arbitral N° 1487-119-2008, así como su inscripción registral dispuesta por el mismo laudo, debiéndose ordenar que se retrotraigan las cosas al estado anterior, esto es antes de la expedición del referido laudo, puesto que se están afectando los derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Refiere el recurrente que el árbitro demandado no ha explicado o fundamentado debidamente por qué existe una “incompatibilidad” en la cláusula Tercera del Contrato de Cesión Minera en cuanto al momento del inicio de la exploración minera. Más aún el laudo se fundamenta en la invocación de normas impertinentes para la interpretación de la cláusula referida. Asimismo la recurrente sostiene que el árbitro demandado no ha valorado debidamente los hechos y la prueba documentaria que obra en el expediente arbitral.

2. El Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima declara la improcedencia liminar de la demanda considerando que la sociedad recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa. La Sala Superior revisora confirma la apelada considerando que la demanda es improcedente en atención a que existe el recurso de anulación de laudo, constituyendo dicha vía la satisfactoria a efectos de la protección de la pretensión solicitada.

3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (*ab initio*), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior no está conforme con el auto venido en grado debe revocarlo para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal requerida por la ley. Lo que se pone en conocimiento es “el recurso interpuesto” y no la demanda. Por esto es que el Tribunal Constitucional al intervenir como tribunal de alzada debe limitarse al auto de rechazo liminar.

4. Debo manifestar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de sólo referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazo liminar.

5. Debo señalar que el artículo 47° del Código Procesal Constitucional en su último párrafo precisa ciertamente que “si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto”. Este mandato tiene un sustento en la más elemental lógica: el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.

6. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento “**el recurso interpuesto**” y no la demanda, obviamente.

7. En atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente en cuando se trate de casos que amerite un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho se podría ingresar al fondo del asunto controvertido.

8. Considero pertinente la ocasión para manifestar mi opinión respecto a expresiones emitidas por mis colegas en otros casos, puesto que he observado que el sustento para justificar el ingreso al fondo de la controversia –pese al rechazo liminar de la demanda– es el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. ¿Qué nos dice el citado artículo? Este artículo nos refiere que:

“Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.”

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.” (subrayado agregado)

9. Respecto a ello es pertinente señalar que la expresión del articulado que refiere que se *deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales* no justifica de ninguna manera el ingreso al fondo, puesto que la defensa del demandado no puede asumirse de modo alguno como una formalidad. Digo esto por qué? El proceso ha sido concebido como aquella vía a la cual pueden recurrir las partes a efectos de que se resuelva una controversia suscitada en la sociedad. Tal participación de ambas partes requiere de la admisión de la pretensión por parte del juzgador a efectos de que admitida la demanda se notifique al presunto agresor a efectos de vincularlo no solo al proceso sino a la decisión. Ya con la participación de ambas partes, éstas se someten al proceso, pero no solo se someten a las reglas del proceso sino que se someten a la determinación final del juzgador. Es decir la presencia de ambas partes no solo implica que el juez tenga la obligación de resolver conforme a la Constitución y las leyes la controversia sino que las partes respeten su decisión. He ahí donde encuentra legitimidad la decisión del juzgador, puesto que no puede concebirse una decisión emitida en un proceso judicial, cuando no será respetada ni cumplida por alguna de las partes. Por ello considero que la exigencia de la participación de ambas partes en un proceso se encuentra vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no puede exigirse el cumplimiento de una decisión arribada en un proceso judicial a una persona que no ha tenido participación en el citado proceso, lo que implica que tal decisión es ineficaz, ya que no generara consecuencias respecto de quien no participó.

10. Los procesos constitucionales tienen una especial importancia, puesto que su finalidad es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y el respeto por la Constitución del Estado, teniendo por ello que determinarse al presunto agresor de un derecho fundamental. Por ende, por tal relevancia, es que afirmo que con mayor razón no puede soslayarse la intervención de la persona a la que se le acusa de la violación de un derecho fundamental, puesto que la determinación a la que arribe este Colegiado necesariamente va exigir determinada acción de dicho emplazado. Pero ¿Cómo puede exigirse la realización de un acto o el cese del mismo si no ha participado en el proceso?, es decir ¿cómo puede exigirse el cumplimiento de una decisión que no es legítima para ambas partes?. La respuesta es obvia, no puede exigirse el cumplimiento de una decisión en la que una de las partes desconoce totalmente la pretensión, no teniendo legitimidad ni vinculación alguna para la persona que no participó. Claro está

existen casos en los que es evidente que el presunto demandado –si bien no ha sido emplazado con la demanda– conoce del conflicto, como por ejemplo casos en los que la discusión se ha visto administrativamente, en los que, considero, que el Tribunal puede ingresar al fondo, pero solo si se verifica una situación especial en la que se advierta que la dilación del proceso convierta la afectación en irreparable.

11. Es precisamente por ello que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha permitido la omisión de algunas “formalidades” para lograr el objeto del proceso constitucional, pero no puede considerarse que la defensa del presunto emplazado es una formalidad sino una exigencia que legitima el propio proceso. Por ello considero que tal afirmación no solo es impropia sino también quebranta el proceso en el cual se pretende la defensa de los derechos constitucionales, lo que puede interpretarse que por la defensa de un derecho fundamental puede afectarse otro, lo que es incorrecto.

12. Asimismo si se observa con atención el artículo III del Título Preliminar del referido código, se puede apreciar que cuando expresa a que “(...) **el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales**”, parte de la premisa de que existe un proceso abierto, en el que se puede ser flexibles con algunos actos procesales, denominados así precisamente porque ha existido admisión a trámite de la pretensión y por ende emplazamiento, razón por la que dicho argumento no puede ser utilizado erróneamente para justificar la emisión de una sentencia cuando el objeto del recurso es el cuestionamiento de un auto de rechazo liminar. De asumir dicha posición implicaría aceptar que a este Colegiado le es indiferente si la pretensión ha sido admitida a trámite o no, puesto que con proceso o sin él, siempre se encontrará en la facultad de emitir un pronunciamiento de fondo, rompiendo toda racionalidad del proceso, convirtiendo al proceso constitucional en aquel proceso sin garantías, en el que se afectan los derechos del que debiera ser emplazado. Con esto advierto que bajo esa lógica el Tribunal podría incluso resolver una demanda de amparo en instancia única, puesto que al ser indiferente para este Colegiado la existencia del proceso, no sería exigible la admisión a trámite la demanda y por ende la participación del demandado, por lo que podría resolver directamente la pretensión planteada.

13. Tal posición del Tribunal es para mí inaceptable y intolerable, razón por la que en reiteradas oportunidades he manifestado mi rechazo ante una decisión emitida con la participación de una de las partes, puesto que no se tiene en cuenta que al no haber participado el emplazado no se encuentra vinculado con la decisión, puesto que para él no tendrá legitimidad.

14. Algunos constitucionalistas han querido justificar el ingreso al fondo de la controversia con la denominada “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional. Tal autonomía ha sido concebida para la defensa cabal de los derechos

fundamentales, buscando dar flexibilidad a actos procesales que pudieran ser innecesarios para el objeto del proceso constitucional. Sin embargo tal autonomía no puede ser concebida por el Tribunal Constitucional como un instrumento para desnaturalizar el proceso, y mucho menos para que el Tribunal haga lo quiera, puesto que ello constituiría que no existirían reglas previamente impuestas sino que éstas se crearan en el camino, obligando a las partes a someterse a ellas, aunque éstas sean arbitrarias.

15. En tal sentido teniendo a la vista ambas posiciones y revisados los autos encuentro que efectivamente la demanda fue rechazada liminarmente, observándose que la empresa demandada ni siquiera se ha apersonado al proceso. Por ello afirmo que la empresa demandada no ha tenido participación alguna, razón por la que propiamente se le ha vedado su participación dentro del proceso, sin que exista algún argumento excepcional que pudiera justificar la emisión de dicha decisión.

16. Pero no solo advierto ello en el proyecto en mayoría, sino también que en un caso en el que no existe proceso ni demandado se están imponiendo reglas respecto a la admisión del proceso de amparo arbitral. La verdad es que considero en este voto un doble atrevimiento del tribunal cuando primero ingresa al fondo para rechazar definitivamente la demanda por infundada con una sentencia sin proceso y en contra de un auto de rechazo liminar, y segundo imponerle reglas a un demandado que por falta de conocimiento no ha sido escuchado en su defensa, siendo este el primer vinculado ante esa laguna procesal que se cierra.

17. Asimismo respecto a la imposición de dichas reglas debo manifestar que, conforme este Colegiado ha manifestado, no pueden existir islas exentas de control constitucional, razón por la que no considero admisible expresar tajantemente que no procede el amparo contra laudos arbitrales, puesto que puede darse el caso de una flagrante afectación de un derecho fundamental dentro de un proceso arbitral, lo que obligaría a este Tribunal a ingresar al fondo de la causa a efectos de sancionar el presunto acto lesivo. Por ende considero que si bien he expresado que existen casos presentados por personas jurídicas con fines de lucro que no tienen asidero en el proceso constitucional, vale decir también que existen casos excepcionales que ameritan intervención por parte de este Colegiado, situación que podría presentarse incluso en un proceso arbitral.

18. Siendo ello así corresponde verificar si en el caso de autos existe una situación de urgencia que amerite la intervención de este Colegiado, y como consecuencia de ello la admisión a trámite de la demanda de amparo propuesta. En tal sentido tenemos que en el presente caso se presenta una demanda que cuestiona la validez de un laudo arbitral, argumentando que el árbitro demandado no ha fundamentado debidamente su resolución, puesto que existe una incompatibilidad en la cláusula tercera del Contrato de Cesión Minera en cuanto

al momento de inicio de la exploración minera, agregando además que el laudo cuestionado se fundamenta en la invocación de normas impertinentes. Revisada los autos no encontramos una situación singular o excepcional que amerite que este Colegiado intervenga en la presente causa, debiéndose tener presente además que la normativa pertinente brinda al actor la posibilidad de acudir al proceso de anulación de laudo, de manera que la sociedad recurrente debe acudir a él.

19. Por lo expuesto considero que el auto de rechazo liminar debe ser confirmado, correspondiendo la desestimatoria de la demanda por improcedente.

Por estas consideraciones mi voto es porque se **CONFIRME** el auto de rechazo liminar, y en consecuencia se declare la **IMPROCEDENCIA** de la demanda de amparo propuesta.

Sr.
VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 00142-2011-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LTDA.
MARIA JULIA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto a mis colegas magistrados considero pertinente emitir el presente fundamento de voto:

1. De acuerdo con la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008: *“Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”*.

2. Esta Disposición introduce un cambio radical en el modo de concebir el recurso de anulación regulado en los artículos 62° a 66° del Decreto Legislativo N° 1071. Es decir, para el Legislador (delegado, en este caso), el recurso de anulación debe considerarse una vía idónea e igualmente satisfactoria y no una vía previa cuando se trata de cuestionar actos de la jurisdicción arbitral. Y es que, desde mi punto de vista, el mal llamado «recurso» de anulación constituye en realidad un auténtico proceso judicial de impugnación del laudo arbitral.

3 El Tribunal Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que la primera línea de defensa de los derechos fundamentales corresponde a los jueces ordinarios por cuanto también ellos están vinculados directamente a la Constitución. En ese sentido, en el proceso judicial de impugnación de laudo arbitral, los jueces ordinarios deben verificar y garantizar que los derechos fundamentales se hayan respetado en el procedimiento del arbitraje y en el momento de dictar el laudo arbitral.

4. De este modo el Tribunal Constitucional no abdica de su función de defensa de los derechos fundamentales en el ámbito arbitral, sino que, por el contrario, permite que los jueces ordinarios actúen también como jueces constitucionales; esto último en el sentido que están obligados a impedir o reparar la lesión de dichos derechos. Más aún, a mi juicio, el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, a lo largo de su articulado, prevé diversas formas de garantizar los derechos fundamentales, como es fácil advertir de una lectura y análisis integral del mencionado Decreto Legislativo.

5. Y es que, desde el momento mismo en que se prevé y se regula el «recurso» de anulación, es evidente que quien participa en un procedimiento arbitral no renuncia a sus derechos fundamentales de justicia, en tanto tiene la posibilidad de recurrir a la vía judicial a través, precisamente, del proceso de impugnación del laudo arbitral. La intervención judicial, a través de un control posterior del arbitraje, elimina cualquier posibilidad de considerar al arbitraje como una isla desvinculada de los derechos fundamentales.

6. El propio Decreto Legislativo N° 1071 (artículo 3°.4) precisa que “[n]inguna 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 (...)**”. Es erróneo, por tanto, sostener que el arbitraje está exento de control judicial y, de otro lado, que no estén vinculados a los derechos fundamentales de justicia esenciales en un Estado constitucional y democrático.

7. Dentro de este contexto pareciera que la intervención de la jurisdicción constitucional queda excluida. Ello no es así. La resolución judicial que pone fin a la impugnación del laudo arbitral puede, como es evidente, a tenor del artículo 200° inciso 2 de la Constitución, dar lugar a un proceso de amparo contra una resolución judicial, siendo exigible los presupuestos procesales para cuestionar la constitucionalidad de una decisión judicial.

8. El control constitucional de la resolución que resuelve el proceso de impugnación del laudo arbitral es, en mi opinión, verdaderamente excepcional, tanto por las garantías que ofrece para los derechos fundamentales el Decreto Legislativo N° 1071, como por la previsión del control judicial posterior a través del «recurso» de anulación. El verdadero problema se ubica, sin embargo, en determinar cuándo debe proceder el amparo contra resolución judicial que resuelve el «recurso» de anulación.

9. Pueden plantearse, como es obvio, diversos modelos de control. Considero, por mi parte, que son tres las exigencias elementales que debe cumplir quien recurre al amparo contra una resolución judicial emitida en el proceso de impugnación de laudo arbitral, a saber: (1) *agravio manifiesto*, lo cual quiere decir que el juez constitucional, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y sin requerir mayor actuación probatoria, se convenza de que existe la vul-

neración de un derecho fundamental; (2) *carga de la prueba*, según la cual la demostración del agravio manifiesto corresponde íntegramente a quien alega tal agravio; (3) *relevancia constitucional del petitorio*, lo que quiere decir que el amparo contra la decisión judicial que resuelve el “recurso” de anulación, no puede contener como pretensión la resolución de la cuestión objeto de controversia en el arbitraje, la modificación del laudo, la valoración de pruebas o la apreciación de los hechos, entre otros.

10. Dichas exigencias se justifican por lo señalado en el fundamento 8 del presente voto, que intrínsecamente contiene la siguiente regla: cuanto más garantías procesales y materiales contenga una ley que regula un procedimiento específico y, además, prevea la intervención del juez ordinario, la intervención de la jurisdicción constitucional debe ser ostensiblemente menor. Con ello, como ya he señalado, la intervención de la jurisdicción constitucional debe ser verdaderamente excepcional y sólo en casos claros de violación de derechos fundamentales.

11. En la medida que el procedimiento arbitral se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las Partes, los derechos de justicia no se despliegan con la misma intensidad como sí lo hacen en los procesos judiciales. Existe, pues, una presunción de legitimidad de los actos y decisiones de los árbitros. Así como las leyes y las resoluciones judiciales, también las decisiones de los árbitros se presumen constitucionales. La contravención de los derechos fundamentales debe ser, por tanto, cumplidamente probada.

12. De otro lado, el reconocimiento del control difuso arbitral exige también resaltar que los tribunales arbitrales deben ejercer esta facultad con especial prudencia, a fin de no desnaturalizar el fundamento del arbitraje (el convenio arbitral). Así como una excesiva judicialización del arbitraje puede llevar a desconocer su carácter célere y alternativo de solución de conflictos sustentado esencialmente en la autonomía de la voluntad, una desvinculación absoluta de los derechos fundamentales es irrazonable en el actual Estado constitucional democrático.

13. Con todo, los árbitros no deben perder de vista que, en cierta forma y sentido, son también «jueces constitucionales», en tanto no es posible que realicen su labor de espaldas a la Constitución.

S.
URVIOLA HANI

***10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS
PROCESO DE AMPARO
(2009-2011)***

COMENTARIO A LA SENTENCIA 02005-2009-PA/TC,
DEL 22 DE OCTUBRE DE 2009

*SOBRE LA PÍLDORA
DEL DÍA SIGUIENTE*

POR ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

El derecho a la vida. El derecho a la vida del concebido. El aborto. Protección de derechos difusos.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

El Tribunal Constitucional (TC), en la Sentencia STC 02005-2009-PA/TC, ordenó al Ministerio de Salud que se abstenga de distribuir el producto denominado *Píldora del Día Siguiente* o *Anticonceptivo Oral de Emergencia* (Levonorgestrel 0.75 mg., en adelante AOE), pues por su posible efecto abortivo atentaría contra el derecho a la vida del concebido, protegido por el artículo 2, inciso 1, de la Constitución Política del Perú.

El fallo fue dictado en una demanda de amparo interpuesta por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud para que éste deje de distribuir el AOE en los centros de salud públicos, por su acción abortiva consistente en impedir la implantación del embrión en el útero materno.

Con esta sentencia, ya son varios los casos de protección del concebido por parte de Tribunales Constitucionales americanos. Ha contribuido a ello que el derecho a la vida del concebido esté reconocido no sólo en el texto constitucional (como es el caso del Perú), sino que además se encuentre reforzado en América gracias a su expreso reconocimiento internacional, en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.

Así, en el recuento de Tribunales Constitucionales de nuestro continente que han protegido el derecho a la vida del concebido, hay que empezar mencionado a Costa Rica, donde en 2000 su Corte Suprema declaró inconstitucional la práctica de la fecundación *in vitro*. En esta misma línea tuitiva, encontramos luego a los Tribunales Constitucionales de Argentina (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2002), Ecuador (2006) y Chile (2008) que, como ahora el del Perú, han protegido la vida del concebido prohibiendo la distribución del AOE^[1].

3. Análisis

3.1 Legitimación. La concepción se da con la fecundación. Aplicación del principio *pro homine*

El TC parte por analizar la legitimación del demandante para interponer el mencionado proceso de amparo, en defensa del derecho a la vida del concebido. Al respecto, el TC advierte que estando en cuestión los efectos de un medicamento cuya distribución se encuentra estatalmente permitida, se ve comprometido no sólo el derecho a la vida del concebido, sino también el interés de los consumidores, protegido por el artículo 65 de la Constitución, por lo que estamos frente a un caso de protección de *derechos difusos*, que pueden ser defendidos por cualquier persona, de conformidad con el artículo 40 del Código Procesal Constitucional^[2].

Entrando ya a los temas de fondo, el TC, debe en primer término analizar los alcances del derecho a la vida del concebido, reconocido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución:

*«Toda persona tiene derecho:
»A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece».*

Al respecto, el TC advierte que existe una disputa en la ciencia sobre el momento de la concepción, es decir sobre el inicio de la vida del ser humano. Así, según el TC, se encuentra la *Teoría de la Fecundación*, conforme a la cual la concepción se da una vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermato-

[1] Una revisión de lo resuelto por estos tribunales puede encontrarse en DÍAZ MUÑOZ, Óscar, «La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia 02005-2009-PA/TC sobre la Píldora del Día Siguiente», en *Revista de Derechos Humanos*, Vol. 1, 2010, pp. 147-170.

[2] STC 02005-2009-PA/TC, Fundamento n. 3.

zoide; y la *Teoría de la Anidación*, para la que el inicio del ser humano se da a partir de la anidación del óvulo fecundado en el útero materno^[3].

Frente a esta controversia, el TC recurre al principio *pro homine* de interpretación de derechos humanos, conforme al cual debe preferirse aquello que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos humanos^[4]. Aplicando ese principio a la disputa científica sobre el inicio de la vida humana, el TC señala que la concepción se da con la fecundación, es decir:

«Con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irreplicable, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio»^[5].

Debe mencionarse que igualmente los Tribunales Constitucionales de Argentina, Chile y Ecuador aplicaron el principio *pro homine* para proteger el derecho a la vida desde la fecundación, cuando les tocó pronunciarse en los casos sobre el AOE.

Como no podía ser de otra manera, la conclusión a la que, aplicando el principio *pro homine*, llega el TC, tiene el respaldo de la ciencia: que la vida del ser humano se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

Al respecto, Jérôme Lejeune, genetista mundialmente destacado, descubridor de que el Síndrome de Down se debe a la presencia de un cromosoma de más, escribió: «en la fecundación, los 23 cromosomas provenientes del padre se unirán a los 23 cromosomas de la madre. En ese momento, se constituye toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las características futuras del individuo»^[6]. Por ello, Lejeune define al embrión como un «jovencísimo ser humano»^[7].

Para Serra y Colombo, el proceso de desarrollo del embrión unicelular está dotado de los caracteres de coordinación, continuidad y gradualidad. Es «especialmente importante el **carácter de continuidad**, por lo que, “desde la singa-

[3] Cfr. ídem, Fundamento n. 14.

[4] Cfr., ídem, Fundamento n. 33.

[5] Ídem, Fundamento n. 38.

[6] Cit. por MELINA, Livio, *El embrión humano: Estatuto Biológico, Antropológico y Jurídico*, en GONZÁLEZ, Ana Marta, POSTIGO, Elena y AULESTIARTE, Susana (Eds.), *Vivir y morir con dignidad. Temas fundamentales de Bioética en una sociedad plural*, EUNSA, Pamplona 2002, p. 37.

[7] Ibidem.

mia (fecundación) en adelante, siempre es el mismo individuo humano, que se construye autónomamente siguiendo un plan rigurosamente definido, a pesar de pasar a través de estados que van siendo cualitativamente más complejos”» (subrayado nuestro)^[8].

Por ello, refiriéndose a esta continuidad, el Consejo de Europa declaró en 1986 -en la Recomendación 1046 relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, científicos, industriales y comerciales- que «desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla **de modo continuo**, de forma que no pueden hacerse distinciones en el curso de las primeras fases (embrionarias) de su desarrollo» (subrayado nuestro)^[9].

En la doctrina constitucional peruana, a propósito de derecho a la vida del concebido que reconoce no sólo nuestra Constitución sino también el Código Civil, señalan Rubio, Eguiguren y Bernalles que: «la protección del concebido se realiza verdaderamente desde el instante en que el espermatozoide y óvulo forman el cigoto por su unión, ya que allí se ha configurado una realidad completamente distinta de las que existían previamente, esto es, el espermatozoide y el óvulo por separado. A partir de ese momento el concebido goza de los derechos constitucionales»^[10]. Y comentando, precisamente, el artículo 1 del Código Civil peruano que reconoce que «la vida humana comienza con la concepción», escribe Fernández Sessarego que esta norma «se sustenta en la realidad, desde que el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide»^[11].

3.2 El tercer efecto del AOE

Según lo señalado por sus propios fabricantes como veremos en seguida, el AOE tiene tres efectos: 1) la inhibición de la ovulación (efecto anovulatorio); 2) la modificación de la textura del moco cervical, impidiendo la libre movilidad de los espermatozoides; 3) *impide la implantación del embrión en el útero, mediante la alteración del endometrio, si éste no ha completado aún su recorrido hacia el útero, con la con-*

[8] Cit. por CICCONE, Lino, *Bioética. Historia, principios, cuestiones*, Palabra, Madrid 2003, p. 82.

[9] CONSEJO DE EUROPA (Asamblea Parlamentaria), *Recommendation 1046 (1986) On the Use of Human Embryos and Foetuses for Diagnostic, Therapeutic, Scientific, Industrial and Commercial Purposes*, n. 5.

[10] RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALLES BALLESTEROS, Enrique, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2010, p. 99.

[11] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas*, Cultural Cuzco, Lima 1990, p. 30.

secuente expulsión y muerte del embrión. De acuerdo a todo lo visto hasta aquí sobre el inicio de la vida del ser humano, este último es el efecto abortivo.

El TC constata que **los cinco productos** que se venden en el Perú como AOE consignan ese efecto abortivo en sus respectivos insertos^[12]:

- **GLANIQUE:** « (...) Podría impedir igualmente la **implantación** de un óvulo (...)».
- **TIBEX:** « (...) **Interfiere con la fertilización y la implantación en el ciclo luteal por espesamiento del moco cervical y cambios en el endometrio**».
- **POSTINOR 2:** « (...) **Consecuentemente, previene la fecundación e implantación en el ciclo luteal** (...)».
- **NORTREL:** « (...) **El efecto anticonceptivo de la progestina se alcanza a través de otros mecanismos que resultan en interferencia con fertilización e implantación en el ciclo luteal tal como adelgazamiento del moco cervical y cambios en el endometrio**».
- **POST DAY:** « (...) **Posteriormente impide la fecundación e implantación** (...)»^[13].

No debe sorprendernos que los laboratorios informen sobre el efecto abortivo del AOE con tanta claridad, pues, como afirma Paccini, los fabricantes dan esta información «prefiriendo los riesgos de perder un mercado a ser enjuiciados, en países donde las autoridades son firmes con quien manipula información»^[14].

Pero por si no fuera suficiente que el posible efecto abortivo del AOE esté declarado por sus propios fabricantes, el TC cita también a la Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (*Food and Drug Administration* - FDA), en cuya página web igualmente se señala que el AOE (denominado *Plan B*) puede inhibir la implantación del embrión^[15].

[12] STC 02005-2009-PA/TC, Fundamento n. 40.

[13] Los efectos del AOE (Levonorgestrel 0.75 mg.), incluido el efecto abortivo (antimplantatorio), son mencionados también por el propio fabricante en Estados Unidos, donde recibe el nombre de *Plan B*: «Plan B® is believed to act as an emergency contraceptive principally by preventing ovulation or fertilization (by altering tubal transport of sperm and/or ova). **In addition, it may inhibit implantation (by altering the endometrium).** It is not effective once the process of implantation has begun» (subrayado nuestro) (<http://www.planbonestep.com/PDF/PlanBPI.pdf>, ver «Clinical Pharmacology»; consulta: 9 de noviembre de 2010).

[14] PACCINI, Renzo, «El efecto abortivo sí puede ocurrir», en diario *El Comercio* de Lima, 23 de marzo de 2010, p. a5.

[15] Cfr. STC 02005-2009-PA/TC, Fundamento n. 45.

La información de un organismo técnico como la FDA resulta muy importante, por su gran prestigio internacional y por ser la autoridad reguladora de un país con alta vigilancia sanitaria, como lo prueban, por ejemplo, las altas indemnizaciones judiciales que suelen recibir en Estados Unidos los daños a la salud^[16]. Además, téngase en cuenta que en Estados Unidos el aborto es legal desde 1973, con los casos *Roe vs. Wade* y *Doe vs. Bolton*, por lo que los fabricantes del AOE no tienen inconveniente alguno para informar en dicho país sobre su efecto abortivo, ya que éste no se consideraría allí inconstitucional. La información que da la FDA, a partir de lo que le informan los fabricantes, es entonces el lugar indicado para conocer en toda su extensión y sin tapujos todos los efectos del AOE.

También el TC tuvo en cuenta en la Sentencia bajo comentario las opiniones que consideran que el AOE no tiene efectos abortivos, como la ya mencionada del Ministerio de Salud y la de la Organización Panamericana de la Salud (OPS, oficina de la Organización Mundial de la Salud-OMS)^[17].

Por este tercer efecto, entonces, el AOE puede resultar abortivo, pues si desde la fecundación hay un nuevo ser humano titular del derecho a la vida, la acción destinada a impedir la implantación del embrión en el útero y su consecuente muerte, es una clara vulneración de ese derecho.

3.3 *Lo resuelto por el TC: la aplicación del principio precautorio*

La información proporcionada por los fabricantes del AOE, que en su totalidad hacen referencia al efecto antimplantatorio, así como lo informado por la FDA en el mismo sentido, y, de otro lado, la posición del Ministerio de Salud y la OMS-OPS que niegan tal efecto, hizo que el TC considere que existía una «duda razonable» respecto al efecto abortivo del AOE. Así, el TC pudo advertir que no hay certeza científica al respecto, pues «el mundo científico se encuentra fisurado respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación»^[18]. Es decir, el TC en su Sentencia, sintetizando, pone de un lado al Ministerio de Salud y a la OMS-OPS (no hay efecto abortivo) y,

[16] El prestigio internacional del que goza la FDA como autoridad técnica sanitaria, se ha visto incrementado por casos como no haber autorizado en los Estados Unidos –y siendo una voz solitaria en esto- el uso de la talidomina, un medicamento que hace medio siglo se autorizó en la mayoría de países para atenuar los síntomas de náuseas en las mujeres embarazadas, pero que tuvo como efecto que nacieran niños con miembros superiores o inferiores insuficientemente desarrollados. Actualmente, países como Reino Unido y Brasil indemnizarán a quienes nacieron con alguna discapacidad por tal producto (cfr. diario *El Comercio* de Lima, 15 de enero de 2010, p. a14).

[17] Cfr. STC 02005-2009-PA/TC, Antecedentes, c).

[18] Cfr. ídem, Fundamento n. 51.

por otro, a los propios fabricantes del AOE y a la FDA (es posible el efecto abortivo).

Frente esta «duda razonable» sobre el posible efecto abortivo del AOE, el TC recurre al principio de interpretación de derechos humanos denominado *precautorio*, según el cual cabe prohibir una actividad, proceso o producto fabricado por el hombre que, por la falta de certeza científica sobre sus efectos, no encuentra garantizada su inocuidad para los derechos humanos, principalmente la vida, la salud o el medio ambiente^[19].

El TC distingue entre el principio *precautorio* y el principio de *prevención*, señalando que mientras este último exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el daño, aquel opera más bien **ante la amenaza de un daño y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos**. Es justamente en estos casos en que el principio *precautorio* puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de éste^[20].

Por aplicación del principio *precautorio*, entonces, el TC prohíbe al Ministerio de Salud la distribución del AOE, con la finalidad de proteger el derecho a la vida del concebido debido a la incertidumbre científica respecto a su efecto abortivo. Asimismo, ordena que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen el AOE incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

La medida de prohibición adoptada por el TC es razonable y proporcional, ya que no puede haber otra alternativa para la protección del derecho a la vida, pues de permitirse la distribución del AOE y verificarse en la realidad su efecto abortivo, será inexorable la muerte del concebido, deviniendo, como es evidente, en irreparables sus derechos humanos^[21].

3.4 Consecuencias de la Sentencia del TC y reflexiones finales

El TC -al igual que sus homólogos de Argentina, Chile y Ecuador- ha reconocido, aplicando el principio *pro homine*, que la vida del ser humano se inicia con la concepción o fecundación del óvulo por el espermatozoide. Con ello, la jurisdicción constitucional recoge la evidencia científica sobre el inicio de la vida del ser humano y es coherente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico peruano, que reconocen el derecho a la vida desde la concepción.

[19] Cfr. ídem, Fundamentos nn. 47-49.

[20] Cfr., ídem, Fundamento n. 50.

[21] El TC tuvo en cuenta la razonabilidad y proporcionalidad que debe revestir la medida adoptada con motivo de la aplicación del principio *precautorio* (Cfr. Íbidem).

Asimismo, el TC, aplicando el principio *precautorio*, ha ordenado al Ministerio de Salud que se abstenga de distribuir gratuitamente el AOE, por su posible efecto abortivo, consistente en impedir la implantación del embrión en el útero materno, lo que atentaría contra el derecho a la vida del concebido. De esta forma, nuestro TC sigue también la línea de las mencionadas jurisdicciones constitucionales extranjeras que por igual motivo han considerado al AOE violatoria del derecho a la vida del concebido y han prohibido su distribución.

Más allá de la prohibición al Ministerio de Salud de distribuir gratuitamente el AOE, a nuestro juicio la Sentencia bajo comentario puede contribuir a sustentar un nuevo proceso constitucional esta vez dirigido contra la comercialización del AOE entre particulares^[22]. Puede igualmente sustentar la inconstitucionalidad de las propuestas legislativas despenalizadoras del aborto. Y existiendo un ser humano con derecho a la vida desde la fecundación o concepción, la práctica de la fecundación *in vitro* de óvulos humanos representaría también una afectación al derecho a la vida del concebido -como lo ha entendido la Corte Suprema de Costa Rica-, pues con esa práctica o se fecundan embriones para luego eliminarlos o se les expone a un riesgo desproporcionado de muerte, conforme ha resaltado dicha Corte.

[22] Por ejemplo, los Tribunales de Argentina y Ecuador prohibieron la comercialización del AOE. Puede consultarse al respecto: DÍAZ MUÑOZ, Óscar, op. cit., pp. 163-168. Dicho trabajo se ocupa también de otros aspectos del debate sobre el AOE que no es posible abordar aquí por razones de espacio, como la supuesta disminución del número de abortos por el acceso al AOE (cfr. DÍAZ MUÑOZ, Óscar, op. cit., pp. 162-163).

COMENTARIO A LA STC 00926-2007-PA,
DE 09 DE DICIEMBRE DE 2009

*IDENTIDAD SEXUAL, INTEGRIDAD
PERSONAL, LIBRE DESENVOLVIMIENTO
DE LA PERSONALIDAD Y PROCESOS
DISCIPLINARIOS EN INSTITUCIONES
POLICIALES*

Por GIANCARLO CRESCI VASSALLO
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

Los derechos a la dignidad humana (artículo 1º), a la integridad (artículo 2º inciso 1), a la intimidad personal (artículo 2º, inciso 7), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 3º), así como a no ser privado del derecho de defensa (artículo 139º, inciso 14),

Artículo 1º de la Constitución:

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2.1º de la Constitución: Toda persona tiene derecho:

A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Artículo 2.7º de la Constitución: Toda persona tiene derecho:

Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Artículo 3° de la Constitución:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Artículo 139.14° de la Constitución: Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

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.

2. *Contexto histórico-político de la Sentencia*

En octubre de 2004, C.F.A.D. interpuso una demanda de amparo contra el Director de Instrucción y Doctrina Policial, debido a que fue separado de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional del Perú (PNP), sede Puente Piedra. Manifestaba que el 16 de octubre de 2003, mediante la Resolución Directoral N.° 788-2003-DIRDP-PNP/ETS-PP, el Director de Instrucción y Doctrina de la PNP resolvió separarlo, así como a don R.E.C.P por tener una relación sentimental de pareja y por supuestamente mantener relaciones sexuales en más de una oportunidad en los baños del segundo nivel de la referida Escuela, lo que constituía una falta contemplada en el Capítulo V, 02, c, (a) 1 del Manual de Régimen Interno de las Escuelas de Formación de la PNP. Esta decisión fue confirmada por la Resolución Directoral N.° 916-2003-DIRIDP-PNP, del 3 de diciembre de 2003, que conoce del recurso de reconsideración, y posteriormente por la Resolución Ministerial N.° 0883-2004-IN/PNP del 13 de mayo de 2004, que desestima el recurso de apelación.

3. *Análisis*

La dignidad de la persona humana representa el valor supremo y justifica la existencia del Estado y los objetivos que cumple; es el fundamento esencial de todos los derechos fundamentales, sean éstos nominados e innominados, tanto en su contenido como en su alcance. Dentro de éstos últimos aparece el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, para que la persona busque sentido e identificación dentro de la sociedad, abarcando otros derechos y garantías que le permitan adoptar decisiones razonables y necesarias, de modo que pueda

cumplir un plan de vida adecuado dentro del marco del ejercicio de la libertad y opción, sustentándose como eje central en el respeto de su dignidad. Frente a ello, el Estado y la sociedad deben fomentar y respetar el libre desarrollo de la persona, dentro de los límites establecidos por la propia Constitución y la ley.

En ese sentido, la identidad sexual es uno de los ámbitos en que se concretiza el derecho al desarrollo del libre desenvolvimiento de la personalidad; pertenece a la esfera interna de cada persona, quedando a total discreción la elección que se haga respecto de ella, la cual no debe ser sometida a tratos discriminatorio ni sanciones injustificadas –salvo en el caso que con su ejercicio se trasgreden normas de conducta reglamentariamente estatuidas– toda vez que el ser humano es libre de autodeterminarse y, en caso adopte un comportamiento sexual diferente, su derecho a la identidad debe ser respetado.

Dentro del Estado Social y democrático de derecho desarrollado por nuestra Constitución, ningún ser humano debe verse limitado en su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad e identidad sexual. Es obligación del Estado proteger su ejercicio, así como eliminar cualquier mecanismo de discriminación que tenga como origen la opción sexual, sea a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como de un lenguaje ofensivo, contrarios a la Constitución y violatorio de los derechos fundamentales de la persona.

Por otra parte, el ejercicio de este derecho requiere proyectarse adecuadamente en todos los ámbitos en los que eventualmente puede manifestarse, mediante ciertas garantías mínimas; entre estas se encuentran esencialmente la protección de la opción sexual y guardar reserva en torno a la propia opción sexual.

En la sentencia se desarrolla este derecho vinculándolo con los procedimientos y sanciones que se imponen en los centros de educación militar, disponiendo que en todo proceso, sea este administrativo o judicial, la autoridad competente tiene a su disposición una amplia gama de medios para determinar la responsabilidad o inocencia de una persona, siempre y cuando sean empleados respetando el principio de dignidad e integridad de la persona.

En el caso concreto, los informes practicados en el procedimiento administrativo, esto es, el informe psicológico y el informe proctoscópico tenían la finalidad de demostrar que el demandante, en su condición de alumno de la Escuela de la Policía, era homosexual y había mantenido relaciones sexuales al interior de la institución, lo cual nunca se llegó a acreditar. Para los miembros de la Policía, esta opción de vida constituía una falta grave que amerita la separación definitiva de la escuela, argumento que para la mayoría del Tribunal quedó descartada. Asimismo, el Colegiado “crítica” la consideración de que el examen psicológico puede concluir que la homosexualidad es fruto de un trastorno o deficiencia mental, lo cual resulta violatorio de los derechos a la in-

timidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la integridad personal de la persona. Respecto del examen proctoscópico, no se demostró de modo indubitable que el demandante haya prestado su asentimiento, y aún cuando lo hubiere hecho, debe tenerse en cuenta la relación vertical entre la autoridad administrativa y el investigado, configurándose como una especie de derecho potestativo y un estado de sujeción. En consecuencia, practicar ese tipo de pruebas importa un maltrato que viola la integridad personal, constituyéndose en un trato degradante.

También se advirtió la afectación del derecho de defensa, tantas veces desarrollado por el Tribunal Constitucional en reiteradas oportunidades, en tanto su respeto debe ser apreciado en todo procedimiento administrativo disciplinario. En el caso, el actor nunca tuvo la posibilidad de presentar los medios de prueba que estimaba convenientes, sin embargo el Tribunal demostró que si bien en una primera oportunidad el demandante y el otro alumno expulsado declararon haber mantenido relaciones sexuales dentro de la institución policial, y el Consejo de Disciplina consideró tal declaración como prueba suficiente para sancionarlos, no se tuvo en cuenta que la confesión no es prueba plena, ni que la autoincriminación debe ser sustentada con otros elementos de prueba que comprueben la veracidad de la misma.

Por tanto, queda claro que al iniciar todo procedimiento administrativo sancionador, es fundamental que las autoridades informen a los investigados de los derechos constitucionales que les correspondan, como el derecho a la asistencia letrada, que si bien puede ser sometida a diversos condicionamientos procesales y materiales, sin embargo, ello no priva al administrado del mismo, ni lo obliga a autoinculparse, por cuanto simplemente lo faculta a elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, mediante un abogado elegido libremente, o que se le nombre un defensor de oficio. Ello tampoco ocurrió en el caso concreto, ya que las autoridades policiales no informaron debidamente de los alcances del derecho a la defensa.

A modo de conclusión, el Tribunal Constitucional al declarar fundada la demanda demuestra la importancia de no victimizar o sancionar la opción sexual de las personas, sea administrativa o penalmente, por ser la identidad sexual el fundamento del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sobre la base del principio de libertad y dignidad de la persona.

COMENTARIO A LA STC 04941-2008-PA/TC, DE 03 DE FEBRERO DE 2010

*PAGO DE COMISIONES POR
VENTA DE BOLETOS AÉREOS
Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA*

POR SUSANA TÁVARA ESPINOZA
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

- 1.1 Constitución Política de 1979 y su modelo económico y social. (voto en mayoría).
- 1.2 Naturaleza infraconstitucional de los hechos invocados, su evaluación en la vía legal adecuada y la aplicación del artículo 5° incisos 1) y 2) del Código Procesal Constitucional. (Voto en mayoría).
- 1.3 El transporte aéreo como servicio público (voto singular de los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda).
- 1.4 Las comisiones pagadas a las agencias de viaje y su ubicación en la cadena de prestación del servicio público (voto singular de los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda).
- 1.5 La naturaleza de la comisión por concepto de viajes aéreos (voto singular de los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda).
- 1.6 Regulación de posiciones dominantes en el mercado (voto singular de los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda).

2. Contexto Histórico Político de la Sentencia

En el presente caso se discutía que la demandada (Lan Perú S.A.) haya decidido unilateralmente rebajar el pago de la comisión por venta de boletos de avión al 1%, y que se reponga, respete y cumpla con cancelar el 10%, conforme

a lo dispuesto por la Resolución Directoral Nro. 21-80-TC/AE.ca, de fecha 18 de abril de 1980, por la presunta vulneración de los derechos constitucionales a la libertad de empresa, libertad de trabajo y a la igualdad.

Cabe hacer referencia que el Tribunal Constitucional ya había tenido la oportunidad de pronunciarse en otros procesos similares al analizado, como es el caso de las STC Nros. 6539-2006-PA y 9667-2006-PA, en las cuales desestima las demandas presentadas en aplicación del inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional al considerar que los hechos y el petitorio no estaban referidos en forma directa a las libertades económicas tal y como argumentaba la demandante.

En cuanto al voto en mayoría se hace un análisis en el que, desde el punto de vista constitucional, se hace referencia a que la Constitución de 1979, bajo cuya vigencia quedó legitimada dicha comisión o pago, permitía que el Estado peruano, regulara, como en efecto se hizo, la actividad comercial que tuviese que ver con el transporte aéreo a la que ambas partes se sometieron sin cuestionamiento alguno, pues, por principio, el modelo económico social implementado en la Constitución permitía la intervención del Estado en diversos ámbitos económicos de la vida del país, incluso en el negocio entre particulares. Señalan, que de autos fluye que ninguna de las objeciones planteadas incide en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados. Ahora, sin perjuicio de lo expuesto, se estimó pertinente precisar que bajo tal argumentación no se está negando la posibilidad de cuestionar la validez de la comisión mercantil establecida por la empresa demandada, sino que sólo se puntualiza que, a efectos de dicha revisión, existe una vía judicial que sí resulta adecuada para la evaluación de los derechos que pudieran haber sido afectados, máxime cuando, conforme al artículo 9° del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo carece de estación probatoria que permita acreditar fehacientemente las violaciones invocadas.

Es decir, se declaró improcedente la demanda en aplicación de los incisos 1) y 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional. La sentencia contiene un fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez, el voto singular del magistrado Landa Arroyo y el voto singular compartido por los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda.

3. *Análisis*

Considero que esta debió ser la oportunidad para que el Tribunal Constitucional emitiera pronunciamiento de fondo sobre una temática íntimamente relacionada con las libertades económicas reconocidas por nuestra Constitución y más aun teniendo en cuenta que el análisis está circunscrito a la protección de los consumidores y usuarios del servicio público de transporte aéreo como un sector en franco crecimiento en nuestro país.

Una razón por demás importante para no declarar improcedente la demanda está contenida en el voto del magistrado Landa Arroyo, quién establecía que a su juicio la Resolución Directoral que sustenta el cobro de la comisión del 10% sobre el valor de cada boleto aéreo vendido de las aerolíneas nacionales o internacionales a favor de las agencias de viaje, se encuentre derogado, pero ello, no es óbice para no emitir un pronunciamiento de mérito ya que la controversia no gira en torno a la naturaleza mercantil de las comisiones, sino a la forma como se ha tomado la decisión unilateral de la emplazada en la esfera jurídica que otorga la Constitución (artículo 65°) a los usuarios y consumidores.

El voto singular de los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda ofrece un marco adecuado y profundo de análisis de la situación concreta.

Se inicia por detallar algunas notas características de la libertad de empresa en el marco de la Constitución Económica.

En cuanto a la configuración del transporte aéreo como servicio público se hace un análisis concordado con la jurisprudencia (STC Nro. 0034-2004-AI) en el que se pone en relieve la naturaleza esencial del servicio para la comunidad, la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, su naturaleza regular y la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad llegando a la conclusión de que efectivamente nos encontramos ante la prestación de un servicio público.

En cuanto al modelo económico y comisión por concepto de viajes aéreos se hace un análisis concienzudo de la Carta de 1979 y las ideas afianzadas en torno al rol que al Estado le corresponde cumplir en los ámbitos económicos y sociales del país concluyendo en que, si bien la economía de los años noventa fue más flexible que la de los años precedentes, no cabe identificar dicho cambio como una desvirtuación absoluta o total de los roles y responsabilidades asumidos por el Estado. En efecto, conviene precisar que los antes citados decretos, si bien mucho más flexibles en su orientación, fueron expedidos, todos ellos, estando vigente la Constitución de 1979, no podían por tanto, así hubiese sido ese su propósito, desnaturalizar las obligaciones y funciones explícitamente conferidas por el ordenamiento.

Se hace un análisis detallado sobre la naturaleza del concepto bajo discusión llegando a la conclusión de que dicha comisión por concepto de venta de pasajes aéreos no tiene identidad con un servicio público ni forma parte de él ya que se trata de una comisión mercantil sujeta a las condiciones contractuales acordadas entre las aerolíneas y las empresas de venta de pasajes, y que dependerá no sólo de las condiciones jurídico-constitucionales del sistema, sino, además, de las condiciones propias que les vaya fijando el mercado, el mismo que es, en definitiva, quien asigna un determinado valor a los bienes y servicios que los particulares ofrecen en un marco de libre competencia.

Sobre la discutida Resolución Directoral N.º 021-80-TC/AE., se estimó que deviene en inconstitucional al no estar inserta en el modelo de Constitución Económica vigente, que establece una economía social de mercado y libre competencia.

Adicionalmente, sustentan que dicha normativa tampoco se condice con el constructo legal que, en específico, otorga contenido a las cláusulas constitucionales de libre competencia siendo la consecuencia directa que, a la luz de los principios que integran el modelo de Constitución Económica que sirven de sustento al Decreto Legislativo N.º 757 (Ley marco para el crecimiento de la inversión privada), se efectuó la derogación tácita de ya mencionada Resolución Directoral N.º 21-80-TC/AE.ca, puesto que el Decreto Legislativo N.º 757 regula la misma materia de modo incompatible (literal f) que en su Primera Disposición Final establece que se deroga toda otra norma legal que se oponga a lo dispuesto en el Decreto Legislativo lo que se ha dispuesto en el mismo sentido por el artículo 84º de la Ley de Aeronáutica Civil del Perú (Ley N.º 27261).

Entonces, debemos entender que el proceso de fijación de comisiones por la venta de un producto final, compete directamente a las partes interesadas en el marco de una relación de naturaleza mercantil, no correspondiendo al Estado interferir en ese proceso de negociación, por no encontrarse mandato legal que disponga ello, ni situación fáctica excepcional para el ejercicio de esa potestad.

Por último, en esta sentencia se aborda una temática interesante, la relativa a la regulación de posiciones dominantes anotando que dichas posiciones no son jurídicamente reprochables, pero en tanto generadoras de una situación de concentración de poder económico en el mercado, nuestra legislación busca evitar aquellos actos que, sobre la base de dicha concentración, puedan crear perjuicios para el interés económico general^[1].

El voto era porque sea declarada Infundada la demanda de amparo y que se exhorte al INDECOPI para que promueva y garantice la leal competencia y los derechos de los consumidores y usuarios.

[1] Lazarte Molina, Jorge. Libertad de empresa y servicio público. Lima: Fondo Editorial UPC, 2005, pp. 50-51.

COMENTARIO A LA STC 04611-2007-PA,
DE 15 DE ABRIL DE 2010

*COMUNIDADES CAMPESINAS
Y DERECHO AL HONOR*

POR JOSE ROJAS BERNAL
Auxiliar en Abogacía del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

El derecho al honor, su protección a través del amparo, y su distinción con otros bienes constitucionales. Las comunidades nativas y campesinas como titulares de derechos fundamentales y su legitimación para acudir al amparo.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

Al igual que en otras esferas de la vida institucional de nuestro país, el punto de inflexión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la protección de los derechos de las comunidades nativas y campesinas tuvo su origen en una gravitante problemática social, tan real como desoladora, que abrió el camino para superar el clima de postergación en que estuvieron sumidos históricamente sus reclamos, dando paso a una etapa de diálogo y, esencialmente, de posicionamiento de tales comunidades en la escena del debate público. En esta senda se inscriben, además del que aquí comentaremos, algunos otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, entre los que destacan la STC N° 3343-2007-PA/TC (Caso Cordillera Escalera), la STC N.° 0022-2009-PI/TC (Caso Tuanama I) y, más recientemente, la STC N.° 05427-2009-PC/TC (Caso AIDSESEP 2).

3. Análisis

Para todo efecto práctico, es posible identificar en la sentencia materia de análisis posee dos partes bien diferenciadas: la primera de ellas, que denominaremos “cuestión previa”, tiene que ver con el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades nativas y campesinas como titulares de derechos fundamentales y, por derivación, de su capacidad procesal para acudir a la vía del amparo a fin de exigir su tutela; y la otra, que llamaremos “cuestión sustantiva”, se refiere a la delimitación del derecho presuntamente vulnerado (esto es, del derecho al honor) y a sus posibles formas de reparación a través del mencionado proceso constitucional.

Es preciso señalar que el caso tuvo su origen en una demanda de amparo incoada por el jefe de la comunidad nativa Sawawo Hito 40, contra el director del semanario “El Patriota”, en el que se había publicado un informe denunciando un supuesto “contubernio” o “complicidad” entre las comunidades nativas (incluyendo a la denunciante) y una empresa forestal, para atentar contra los bosques de caoba existentes en la zona. A criterio de la comunidad, estas frases vulneraban sus derechos al honor, a la imagen, al trabajo y a la libre contratación. Dicho esto, corresponde ahora examinar los puntos arriba señalados:

- a) En relación a la denominada “cuestión previa” (punto § 3 de los fundamentos), el Tribunal Constitucional parte de lo establecido en el artículo 89º de la Constitución, que reconoce a las comunidades nativas y campesinas de nuestro país existencia legal y personería jurídica. Y añade: al margen de su inscripción en algún registro. Sin embargo, el Tribunal avanza un poco más allá, y se plantea la interrogante de si en el caso de dichas comunidades es posible hablar de una suerte de “titularidad colectiva” (*class action*) que permita a cualquiera de sus integrantes (y no sólo a sus representantes) impulsar una demanda de amparo en beneficio de sus intereses comunitarios. El Tribunal responde a esta cuestión afirmativamente, valiéndose para ello de la distinción entre “colectividad de individuos” (*universitates personarum*) y “personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial” (*universitates bonorum*). Así pues, al razonar que la cuestionada publicación podría generar en el resto de la sociedad sentimientos hostiles o adversos respecto a la comunidad demandante y a sus miembros, el Tribunal concluye que hubiera sido válido también que cualquiera de dichos integrantes hubiera interpuesto la demanda de amparo.

- b) En cuanto a la llamada “cuestión sustantiva” (vale decir, a la delimitación del honor en tanto que derecho presuntamente vulnerado), la sentencia *in comento* ofrece los siguientes alcances: b.1.) en primer lugar, reafirma la posición ya asumida por el Tribunal en el sentido de que el honor se deriva de la dignidad humana y del principio-derecho de igualdad, por lo que resulta anacrónico seguir distinguiendo entre un honor “subjetivo” y otro “objetivo”; b.2.) admite la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de este derecho, lo que surge de la necesidad de proteger a sus miembros y, en particular, la capacidad de éstos para interactuar en la sociedad; y finalmente, b.3.) amplía el concepto de “reposición” establecido en el artículo 1º del CPConst., para los casos de vulneración del derecho al honor, acudiendo a la noción de “satisfacciones” extraída del sistema interamericano.

Acompaña a esta sentencia el fundamento de voto concurrente de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz, cuya valía puede ser abordada desde varios enfoques. En primer lugar, por la definición brindada de “Constitución Multicultural”, entendida ésta como el conjunto de normas iusfundamentales que reconocen a la diversidad cultural como un rasgo esencial de la sociedad peruana y cuya eficacia permite, por añadidura, materializar el principio de igualdad material en las relaciones sociales. En segundo lugar, y en conexión con esto último, se encuentra la postura compartida por los magistrados firmantes según la cual el proceso interpretativo orientado a definir el contenido de los derechos comprendidos en la denominada “Constitución Multicultural” exige partir de un “enfoque culturalmente abierto”, que permita al juez constitucional mantener siempre la mirada atenta a la cosmovisión del grupo humano titular de los derechos que interpreta. Y por último, aunque no por ello menos importante, se ubica la distinción conceptual, que los suscritos toman de la doctrina procesal contemporánea, entre “intereses difusos”, “intereses colectivos” e “intereses individuales homogéneos”, como bienes merecedores de protección jurídica en sede de amparo.

A nuestro criterio, con ser uno de los pronunciamientos más representativos de esta nueva “era” en la jurisprudencia del Tribunal sobre comunidades nativas y campesinas, la sentencia bajo comentario reconoce (aunque no lo diga así expresamente) que la especial composición de estos grupos humanos debe repercutir necesariamente en la labor hermenéutica llevada a cabo por el juez constitucional al momento de *dar contenido* a los derechos involucrados en la *litis*, así como al *acondicionar* las vías procesales habilitadas para su tutela^[1].

[1] Particularidades que han llevado al Tribunal a afirmar que, dada la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran dichos colectivos, debe entenderse que el proceso de

Desde luego, el Tribunal no ha hecho aquí sino seguir un derrotero ya marcado por otras cortes constitucionales (como las de Colombia o Argentina), así como por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo entendimiento sobre la cosmovisión de los pueblos indígenas (particularmente, en lo relativo al derecho a la tierra) es por demás paradigmático^[2].

Sin embargo, no podemos soslayar que esta *predisposición* requerida en la sentencia del Tribunal presupone una operación (intelectual y afectiva) esencialmente compleja no exenta de algunos riesgos, pues exige del juez constitucional una cierta cuota de *empatía*, la suficiente como para no comprometer su independencia o imparcialidad en el caso concreto. Lamentablemente, la jurisprudencia constitucional en torno a estas formas de *diálogo intercultural* a nivel de los operadores jurídicos, es aún incipiente. Pese a ello, y a falta de una ley que desarrolle las formas de coordinación entre el derecho oficial y el derecho consuetudinario (tal como lo manda el artículo 149° de la Constitución), es razonable esperar que el Tribunal se muestre favorable a aplicar el *principio de neutralidad cultural*, entendido éste tanto en un sentido estructural –es decir, como deber de respetar, en principio, la cosmovisión del grupo involucrado– así como deliberativo –vale decir, como deber de ingresar en una relación dialéctica con quien es sujeto de juzgamiento^[3].

Por otro lado, es importante destacar que el Tribunal no responde a la pregunta de si el otorgamiento de legitimación colectiva a las comunidades nativas y campesinas en el amparo podría acarrear alguna consecuencia negativa para la unidad del grupo involucrado y, por derivación, para su identidad cultural^[4]. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una comunidad nativa cuyos miembros estén divididos en torno a la conveniencia o no de una concesión minera: ¿podría imponerse la sentencia que ordena la paralización de las obras a aquellos comuneros que estaban conformes con la medida? Más aún: ¿sería extensible a los comuneros no intervinientes en el amparo el efecto de cosa juzgada de la

amparo reviste la condición de *idóneo* para brindar una tutela urgente ante la amenaza o lesión de sus derechos fundamentales y colectivos (RTC N.º 0906-2009-PA/TC).

- [2] Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 149. Sobre la obligación de introducir el *elemento intercultural* en la interpretación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, vid. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafos 51 y 63.
- [3] ETO CRUZ, Gerardo y Roger RODRÍGUEZ SANTANDER: “La agenda multicultural: problemas inconclusos en el siglo XXI”, en *Multiculturalidad y Constitución*, Lima, CEC, 2009, p. 26.
- [4] Algunos ejemplos de la experiencia comparada, de no imposible repetición en nuestro país, los podemos encontrar en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: SU-510/98 (sobre un grupo de indígenas que demandaban a sus autoridades tradicionales por haber impedido la entrada de pastores al territorio para su evangelización) y T-1022/01 (sobre un conflicto entre la libertad de predicar un culto y la autonomía de los pueblos indígenas para defender su identidad cultural).

sentencia desestimatoria, a pesar de que existió una defensa deficiente de los intereses comunitarios? Como es sabido, el CPConst no brinda ninguna respuesta a estas interrogantes, por lo que sería deseable que el Tribunal colme este vacío en algún pronunciamiento futuro, al desarrollar los alcances del amparo colectivo.

Finalmente, consideramos que la opción asumida por la sentencia consistente en abrir el horizonte de las formas de reparación en el amparo, constituye un avance notable cuya magnitud no puede ni debe limitarse a su vinculación al caso concreto. Para nosotros, éste debiera ser sólo un punto de partida, de manera que también otros derechos (particularmente, los económicos, sociales y culturales) puedan ser adecuadamente remediados en atención al contexto en que se origina su violación o amenaza. Al respecto, es sabido que la figura del estado de cosas inconstitucional, tan venida a menos en la jurisprudencia del Tribunal, resulta insuficiente cuando la solución al caso concreto no pasa sólo por expandir los efectos de una sentencia estimatoria, sino también por diseñar mecanismos que involucren a un conjunto de actores y acciones interdependientes para hacer frente a un problema de corte estructural. En esto último, precisamente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana se distingue por ser altamente prolífica, cuyo repertorio reúne medidas tan creativas y diversas como la implementación de programas habitacionales de vivienda^[5]; el establecimiento de fideicomisos y fundaciones^[6]; la apertura de un puesto de salud permanente, con las medicinas e insumos necesarios^[7]; o la inversión de una suma de dinero en obras o servicios en beneficio de la comunidad indígena, de común acuerdo con ésta^[8]. En este punto, es evidente que el camino del Tribunal está aún por recorrerse.

[5] Corte IDH. *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006.

[6] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993.

[7] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

[8] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

COMENTARIO A LA STC 03592-2007-PA/TC,
DE 29 DE ABRIL DE 2010

*TRANSPORTE PÚBLICO INTERPROVINCIAL.
LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO TITULARES
DE DERECHOS FUNDAMENTALES*

POR CLEMENTINA RODRÍGUEZ FUENTES
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

Principio de irretroactividad de la ley

Artículo 103 de la Constitución

“(…) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (…)”

Derecho a la libertad de empresa

Artículo 59 de la Constitución

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”

Derecho a la libertad de contratación

Artículo 2

Toda persona tiene derecho:

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

Derecho a la integridad física de las personas

Artículo 2

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. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

El caso bajo análisis se sitúa en un contexto en el que la informalidad en el transporte público originaba gran cantidad de accidentes automovilísticos. Una de las causas de dichos accidentes se encontraba en el uso indiscriminado de los ómnibus carrozados sobre chasis de camión (denominados buses camión), lo que ocasionaba que en muchos casos se haya acreditado que dichos vehículos tenían un mal funcionamiento. En ese sentido, el Estado, a través del Poder Ejecutivo, decidió garantizar el derecho a la integridad física de las personas el cual se veía amenazado por los accidentes de tránsito que ocasionaban los buses camión, expidiendo los Decretos Supremos 05-95-MTC, 040-2001-MTC (Reglamento Nacional de Administración de Transportes), 022-2002-MTC y 006-2004-MTC.

Los referidos Decretos Supremos tenían en común el hecho de prohibir la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión. Ello implicaba que la concesión de las rutas de transporte público interprovincial de pasajeros solo se otorgaba a los vehículos construidos exclusivamente para el transporte de pasajeros y equipaje en el servicio interprovincial.

Estas normas que fueron creadas para proteger a las personas que utilizan este tipo de transporte, fueron consideradas por algunas empresas de transporte público interprovincial como atentatorias de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y contratación, puesto que impedían la circulación de un gran

número de vehículos que no cumplían con los requisitos para ser considerados adecuados para el transporte de pasajeros. Es en este contexto que, quienes se sentían afectados por estas normas, creyeron conveniente interponer procesos de inconstitucionalidad y amparo, a fin de continuar con el uso de los buses camión para el transporte de pasajeros.

3. *Análisis*

La controversia, en el presente caso, radicaba en el hecho de que la E.T.C.P. Carmelitas Bus S.R.L. consideraba que se debía inaplicar, a su caso, el Decreto Supremo 006-2004-MTC, y que debía cesar la amenaza de impedir la prestación del servicio de transporte terrestre interprovincial de personas. Asimismo, la demandante solicitaba que se cancelen las tarjetas de circulación de determinados vehículos.

Para la resolución del caso bajo examen, el Tribunal Constitucional se remitió a la STC 07320-2005-PA/TC, caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L., en el que quedó establecido que el Decreto Supremo 006-2004-MTC no lesiona los derechos fundamentales a la libertad de empresa y de contratación, ni el principio de irretroactividad de la ley, puesto que se limita a recoger la prohibición establecida en el Decreto Supremo 05-95-MTC.

Esta sentencia resulta útil para reforzar el criterio del Tribunal Constitucional referido a la prohibición de la utilización de los buses camión como vehículos de transporte de pasajeros, puesto que tal actuación pone en peligro un bien constitucional de gran relevancia como es la integridad física de las personas. En efecto, al haberse comprobado que la utilización de este tipo de vehículos generaba accidentes de tránsito, surge el deber del Estado de velar por la integridad de la persona, ello en virtud de que esta constituye el fin supremo de la sociedad, y una forma de lograrlo era impidiendo que dichos vehículos se usen para transportar personas.

Cabe mencionar un tema que si bien ha sido abordado de manera escueta en los fundamentos iniciales de la sentencia, propició la emisión de los fundamentos de voto de seis magistrados del Tribunal Constitucional, el cual está referido a determinar si las personas jurídicas son pasibles de recurrir a un proceso constitucional como titulares de derechos fundamentales. Al respecto, uno de los magistrados consideró que las personas jurídicas de derecho privado no son titulares de derechos fundamentales puesto que estos están reservados únicamente para las personas individuales y que en base a ello, a un proceso constitucional únicamente pueden recurrir estas últimas, pues las primeras tienen los procesos judiciales ordinarios para defender sus intereses.

En los seis fundamentos de voto que acompañan la sentencia, se manifestó una posición contraria a la señalada anteriormente, pues se sostiene que el

Tribunal Constitucional, en pronunciamientos anteriores^[1], ha aceptado que las personas jurídicas sí son titulares de derechos fundamentales, dado que estas son un instrumento para la realización de los derechos fundamentales de las personas naturales.

En tal sentido, debe entenderse que el Tribunal Constitucional, acepta la tesis según la cual las personas jurídicas de derecho privado son titulares de derechos fundamentales sin que ello implique una equiparación, en general, con las personas naturales, puesto que estas son titulares de un espectro más amplio de derechos fundamentales, como son el derecho a la vida o a la integridad física. Por tal motivo, resulta positivo que a través de su jurisprudencia el Tribunal Constitucional emita pronunciamientos que refuercen esta posición.

[1] STC 2939-2004-PA/TC, 03045-2004-PA/TC y 04972-2006-PA/TC.

COMENTARIO A LA STC 04657-2008-PA,
DE 09 DE JUNIO DE 2010

EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

POR JOSE ROJAS BERNAL
Auxiliar en Abogacía del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

La ejecución de las sentencias constitucionales. Amparo contra amparo y un nuevo supuesto de procedencia.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

De un tiempo a esta parte, la preocupación del Tribunal Constitucional en torno al tema de las sentencias constitucionales ha virado su foco de atención desde un punto en el cual el interés predominante era la *construcción* o fundamentación de las sentencias propiamente dichas, hacia un estadio en el cual ahora se pregunta por los mecanismos de *ejecución* o implementación que permitan llevar tales construcciones, de la mejor manera posible, al plano de la realidad. Bajo este temperamento, el Tribunal ha enfatizado que el problema de la ejecución de las sentencias constitucionales no comporta sólo un debate doctrinario, sino también, y en esencia, un asunto práctico (STC N.º 04119-2008-PA/TC, f. 13). Desde luego, esta tendencia se ha visto plasmada en no pocos pronunciamientos emitidos hasta la fecha, desde aquellos que “crearon” el recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de las sentencias del propio Tribunal (RTC N.º 0168-2007-Q) y del Poder Judicial (RTC N.º 0201-2007-Q), hasta aquellos que han desarrollado *in extenso* la figura de la represión de actos homogéneos (SSTC N.º 4878-2008-PA/TC y 5287-2008-PA/TC), pasando por la no menos importante reafirmación jurisprudencial de la actuación inmediata de la sentencia (STC N.º 0607-2009-PA/TC), entre otros.

3. Análisis

La sentencia materia de análisis tuvo su origen en la demanda de amparo incoada por don Pedro Espinoza Lazo contra el titular del Cuadragésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, y que tenía por objeto ordenar a este último cumplir con ejecutar el mandato contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de noviembre de 1999 -lo que no había sucedido hasta ese momento-, alegando la vulneración de su derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139° inciso 2 de la Constitución.

Dos cuestiones previas merecen ser señaladas. La primera de ellas es que, para determinar el concreto acto lesivo así como el derecho involucrado, el Tribunal Constitucional aplica los principios *iura novit curia* y *pro homine*, habida cuenta de la deficiente descripción llevada a cabo por el demandante. La otra, no menos importante, es el criterio asumido por el Tribunal en el sentido de que cuando el acto lesivo consiste en la *conducta renuente de un magistrado a ejecutar una decisión jurisdiccional*, debe entenderse que el plazo prescriptorio establecido en el artículo 44° del CPConst. no ha operado, en la inteligencia de que estamos aquí frente a un acto de tracto sucesivo. Dicho esto, toca ahora revisar el examen de fondo expuesto en la sentencia.

Como punto de partida, el Tribunal avizora aquí un supuesto de *amparo contra amparo*, en vista de lo cual reitera su doctrina uniforme en torno a esta figura excepcional (particularmente, las SSTC N.° 4853-2004-AA/TC y 3908-2007-PA/TC). Sin embargo, luego de revisar los antecedentes del caso, termina tildándolo de “atípico”, en atención a que el demandante no cuestionaba lo resuelto en la primera sentencia de amparo sino que, precisamente, perseguía su cumplimiento. No obstante ello, el Tribunal admite la procedencia de dicha vía “excepcional” para este tipo de casos, esgrimiendo en este punto el siguiente argumento: si bien los supuestos habilitantes del amparo contra amparo han sido diseñados en la lógica de que el objeto de revisión sea una sentencia constitucional que resulta inconstitucional, ello no impide que puedan existir supuestos en los cuales la inconstitucionalidad denunciada se origine en etapas procesales distintas a las de la propia sentencia, como lo es ciertamente su fase de *ejecución*.

En esa línea de razonamiento, el Tribunal advierte que en el caso *sub litis* existía sólo un cumplimiento *parcial* del mandato expreso contenido en la sentencia de amparo, razón por la cual, a su criterio, correspondía que el juez demandado corrija esta situación disponiendo lo que resultara pertinente. Por ello, el Tribunal resuelve declarar fundada la demanda, ordenando que el juez emplazado cumpla con ejecutar la referida sentencia conforme a sus propios términos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22° del CPConst.

Como se puede apreciar, el Tribunal se ha decantado por abrir las puertas del amparo contra amparo para aquellos casos en que lo que se cuestiona es el *incumplimiento o desnaturalización* de la sentencia constitucional, y no así la inconstitucionalidad de la misma. Por ello, no le falta razón a quienes opinan que, en este específico supuesto, el amparo *contra* amparo termina por convertirse en una suerte de amparo *a favor* del amparo^[1].

Con todo, es menester preguntarse: ¿es éste acaso el mecanismo adecuado para resolver los problemas de ejecución de las sentencias constitucionales? Al respecto, no puede olvidarse que la jurisprudencia constitucional ya había habilitado (y que sepamos, esto se mantiene así) el recurso de agravio constitucional para corregir el *incumplimiento o cumplimiento defectuoso* de las sentencias del propio Tribunal (RTC N.º 0168-2007-Q) y del Poder Judicial (RTC N.º 0201-2007-Q). Siendo esto así, ¿se hacía necesario “crear” un nuevo mecanismo de acceso para el justiciable?

No dudamos que esta decisión se justifica por su relación con el caso concreto, así como por la necesidad de ofrecer al demandante el mayor número posible de vías procesales para exigir el cumplimiento de una sentencia que le es favorable^[2]. Sin embargo, ello no enerva el hecho de que el amparo contra amparo, por su propia naturaleza, se muestra como un mecanismo esencialmente lento y engorroso, habida cuenta del trámite que su puesta en marcha supone a nivel del Poder Judicial. Siendo más expeditivo, todo parece indicar que el recurso de agravio constitucional se acomoda mejor a las necesidades de una ejecución pronta y efectiva y, por eso mismo, a una visión estratégica del proceso de amparo.

Todo ello nos lleva pues a sostener, a modo de conclusión, que entre el amparo contra amparo y el recurso de agravio constitucional, en tanto que mecanismos dirigidos a lograr la ejecución “en sus propios términos” de una sentencia constitucional, existe una relación de *alternatividad*^[3], por lo que corres-

[1] SÁENZ DAVALOS, Luis: “El amparo contra amparo en el Perú. Estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes (Exps. N.º 4853-2004-PA/TC y 3908-2007-PA/TC)”, en, VELEZMORO, Fernando (Coordinador): *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima, Grijley, 2010, p. 394.

[2] En el mismo sentido, puede revisarse la STC N.º 4063-2007-PA/TC, sobre un proceso de amparo contra la resolución que declaraba inejecutable una sentencia estimatoria de amparo emitida por el PJ (cf: su aclaración de fecha 30 de junio de 2010); así como la STC N.º 1102-2000-AA/TC, sobre un proceso de amparo contra la resolución que desnaturalizaba la ejecución de una sentencia de amparo del propio Tribunal Constitucional.

[3] Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su reciente STC N.º 00004-2009-PA/TC (f. 7), en la que desarrolla los alcances del denominado “recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional”. De igual modo, puede revisarse la STC N.º 02813-2007-PA/TC (f. 4), sobre un proceso de amparo contra la resolución que desnaturalizaba una sentencia estimatoria del Tribunal recaída en un proceso de hábeas data.

ponderará al justiciable escoger la vía que mejor satisfaga a sus intereses: si por la rapidez que garantiza el recurso de agravio, o si por la mejor sustanciación que brinda el contra-amparo.

Ello, naturalmente, dependerá siempre del *margen de complejidad* que dicha ejecución revista en los hechos para los operadores jurídicos. En este punto, es menester señalar que una reciente sentencia del Tribunal Constitucional ha venido a resolver de algún modo este asunto, al disponer que el recurso de agravio constitucional a favor de la ejecución de las sentencias del Tribunal (cuya denominación ha sido variada por “recurso de apelación por salto”) *no* procederá en los siguientes casos: a) cuando el cumplimiento de la sentencia comporte un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, reintegros, intereses, costas o costos; b) cuando el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretenda establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y c) cuando el propio recurrente decidió acudir al amparo contra amparo^[4].

Al margen de lo expuesto, no podemos desdeñar el valioso aporte que esta sentencia representa para la consolidación del Tribunal Constitucional como garante de sus propias decisiones. Y es que si bien en nuestro país no existe una base normativa para afirmar que el Tribunal sea el “señor de la ejecución” de sus propias sentencias^[5], lo cierto es que ello no le ha impedido a este órgano interpretar que dicha competencia le viene atribuida “implícitamente” por el principio general de ejecutoriedad de las sentencias jurisdiccionales^[6]. Desde luego, es sabido que la competencia para ejecutar las sentencias en los procesos de tutela de derechos le corresponde al juez de la demanda, y no al Tribunal Constitucional (artículo 22° del CPConst). No obstante, a juzgar por la finalidad de los mecanismos aquí reseñados, bien podemos afirmar que dicho Colegiado termina por perfilarse como un supervisor permanente al que corresponde, en última instancia, identificar y subsanar toda *irregularidad* que afecte a la sentencia constitucional en su etapa de ejecución. Siendo éste el propósito, no cabe duda que el sano apartamiento del precedente vinculante sobre amparo contra amparo ensayado por el Tribunal en la sentencia *in comento*, está por demás justificado.

[4] STC N.º 00004-2009-PA/TC (f.14).

[5] Como en cambio sucede, en virtud de normas expresas, en el caso de los tribunales constitucionales de Alemania (Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 12 de marzo de 1951, artículo 35°) y España (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, artículo 92°).

[6] *Vid.* RTC N.º 00023-2007-PI/TC, en el que dicho razonamiento lleva al Tribunal a auto-percibirse como instancia de ejecución de sus propias sentencias en el marco de los procesos de inconstitucionalidad.

COMENTARIO A LA STC 05181-2009-PA,
PUBLICADA EL 30 DE JUNIO DE 2010

CASO ELSA CANCHAYA

POR JORGE LEÓN VÁSQUEZ
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional: el antejuicio político
y suspensión de derechos parlamentarios como medida cautelar*

La demanda de amparo interpuesta por doña Elsa Victoria Canchaya Sánchez contra el Congreso de la República presenta como tema central de desarrollo, la suspensión de los derechos parlamentarios de la demandante, considerada por el Tribunal Constitucional, en este caso, no como sanción sino más bien como una medida cautelar.

En este proceso de amparo, la demandante cuestionó la validez de la Resolución Legislativa N.º 004-2006-CR. Mediante esta Resolución, el Congreso de la República había decidido la suspensión de sus derechos parlamentarios, ello mientras durara el proceso penal que se le seguía por la presunta comisión de los delitos de nombramiento y aceptación ilegal para el cargo público, estafa y falsedad genérica. De otro lado, se dejó a salvo la facultad del Parlamento para que se le levante el fuero parlamentario con la finalidad de que sea investigada en el Poder Judicial, de acuerdo con el artículo 100º de la Constitución.

Era también relevante que se determine la legitimidad de la medida sancionadora de suspensión, que el Congreso le había aplicado de acuerdo con lo previsto en el artículo 89º-i) del Reglamento del Congreso. Tal relevancia se deriva por el hecho de que la demandante alegó que la decisión del Congreso se sustentó en actos arbitrarios, por cuanto se basaron en un reportaje periodístico editado.

Es relevante también el análisis de si el Congreso de la República debió abstenerse de suspenderla debido a que, según consideró la demandante, no existía normativa donde se haya previsto la sanción de suspensión.

2. *Contexto histórico-político de la sentencia: el problema de la legitimidad del parlamento y los derechos de los parlamentarios*

Desde hace algunas décadas, el Parlamento en el Perú viene acusando un grave déficit de legitimidad. No tanto por el modo como son elegidos los parlamentarios (*legitimidad de origen*), sino por la forma como, muchas veces, la mayoría de parlamentarios, ejercen el cargo (*legitimidad funcional*). Se espera que los parlamentarios ejerzan el cargo respetando fielmente el mandato representativo, en el sentido que no son (o por lo menos no deben ser) depositarios ni tramitadores de intereses particulares o de sus propios intereses.

Los casos más cuestionados en los últimos años quizás estén vinculados con el hecho de que algunos parlamentarios, aprovechándose de las prerrogativas del cargo, hacen uso y abuso de ellas. Es altamente cuestionable, sobre todo, el tema de las contrataciones de los asesores de los despachos parlamentarios, las mismas que, en su mayoría, se definen no tanto por cuestiones técnicas o competencias sobre derecho parlamentario, sino por cuestiones de amistad o de favor.

En el presente caso, precisamente, la suspensión de los derechos de la demandante se debió a la existencia de un proceso penal en su contra, por la presunta comisión de los delitos de delito de nombramiento y aceptación ilegal para cargo público en agravio del Estado. El hecho concreto que dio lugar a tal proceso penal fue la contratación de su empleada doméstica como su asesora de despacho.

3. *Análisis de la sentencia 05181-2009-PA*

La cuestión central objeto de controversia fue determinar si la demandante había esgrimido argumentos suficientes para declarar la nulidad de la Resolución N.º 004-2006-CR. Pero para ello era preciso establecer si la medida sancionatoria de suspensión que se le impuso vulneró sus derechos a la presunción de inocencia, a la libertad de trabajo, al principio *ne bis in idem*, a su derecho de igualdad y a la dignidad humana. La demandante había sido acusada, en vía constitucional, por la presunta comisión de dos delitos: nombramiento y aceptación ilegal para cargo público en agravio del Estado y delito de estafa y falsedad genérica, aunque este último fue archivado.

La primera cuestión analizada por el Tribunal Constitucional fue que el Congreso de la República había supuestamente vulnerado el principio de legalidad, pues consideraba que se había omitido considerar la STC 0006-2003-AI/TC. El Tribunal, con razón, rechazó este argumento porque en la sentencia invocada se analizó la constitucionalidad del artículo 89º-j) del Reglamento del Congreso de la República, declarándose infundada la demanda. Se observó

que, independientemente de que no se solicitó la inconstitucionalidad del inciso 89º-i), lo que se proscribía, *obiter dicta*, fue la imposición de una sanción administrativa sin esperar primero el resultado del proceso penal, situación que no se presentaba en el caso de la demandante.

De otro lado, el Tribunal Constitucional distingue, sobre la base de lo que dispone el Reglamento del Congreso de la República, entre la formación de causa por la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones y la infracción de la Constitución. Con esto, implícitamente se distingue, entre (1) la suspensión de un Congresista en el ejercicio de sus derechos *como medida cautelar* y (2) la suspensión de un Congresista en el ejercicio de sus derechos *como sanción*. Se establecen diversos requisitos de votación en cada caso: en el primero, se exige la mitad más uno de los miembros del Congreso; en el segundo, 2/3 del total de ellos, aunque sin la intervención de los miembros de la Comisión Permanente del Congreso, en ambos casos.

Esta distinción también se sustenta en el hecho que, de acuerdo con el artículo 25º del Reglamento del Congreso, en caso de la suspensión de un congresista con ocasión de un proceso penal, sus haberes se depositan en una cuenta especial, de modo que de ser absuelto, le es entregada la suma acumulada y recobra todos sus derechos. La modificación introducida el 17 de octubre de 2007 a dicho Reglamento, mantiene estas disposiciones, lo que permite reafirmar el trato diferente que se le da a la suspensión, esto es, como sanción y como medida cautelar, la última de las cuales es materia de análisis en el presente proceso. Sobre la base de estas decisiones, difícilmente podía sustentarse el argumento de la demandante en cuanto a la presunta vulneración del principio de legalidad.

El otro tema discutido era sobre la vulneración del principio *ne bis in idem*. La demandante argumentó que el Congreso de la República había vulnerado este principio, pues se le impuso cautelarmente una medida de suspensión y, a su vez, existía un proceso penal en su contra. Sin embargo, si como se ha dicho, la medida adoptada tenía un carácter cautelar, la suspensión no podía ser considerada como una medida sancionatoria, sino tan sólo el apartamiento de la función congresal, a las resultas del proceso penal en el que la demandante era parte.

La demandante también alegó que el artículo 100º de la Constitución no es imperativo, sino potestativo, y que sólo es aplicable a los casos de antejuicio político por infracción de la Constitución. Para ella, su caso se subsumía en un antejuicio político por infracción a la Constitución, sustentando su argumento en lo señalado en la STC 0006-2003-AI/TC, así como en la STC 0030-2005-AI/TC; indicando, además, que en los casos de antejuicio político por delitos comunes, el Congreso carece de la potestad para sancionar a los congresistas con las medidas punitivas que se encuentran previstas en el artículo 100º de la Constitución, como son la suspensión, la inhabilitación o la destitución. El Tri-

bunal Constitucional rechazó este argumento por la razón de que el Parlamento adoptó la medida de suspensión por la presunta comisión de delitos en ejercicio de las funciones congresales, por lo que dicha medida no constituía un acto sancionador.

Aunque el Tribunal Constitucional no lo trata como un tema específico, también estaba implícito en el presente caso el control de los *interna corporis acta* del Congreso de la República. De acuerdo con dicha doctrina algunos actos del Parlamento se sustraen al control jurisdiccional porque en ciertos ámbitos de actuación de dicho órgano vienen impregnados de manera pura por el *principio de oportunidad*, de modo tal que cualquier intento de control incidiría en una esfera en la cual sólo le corresponde al Congreso mismo enjuiciar sus propios actos.

Sin embargo, esta doctrina paulatinamente se ha ido abandonando porque se entiende que los derechos fundamentales vinculan al Legislador no sólo cuando éste ejerce sus facultades legislativas (*actos parlamentarios con valor de ley*), sino también cuando lleva a cabo el ejercicio de otras facultades como las previstas en los artículos 99° y 100° de la Constitución (*actos parlamentarios sin valor de ley*). El control jurisdiccional alcanza a ambos tipos de actos parlamentarios porque, como en el presente caso, lo determinante para llevar a cabo tal control, es que de por medio esté el respeto de los derechos fundamentales, aunque en la sentencia que se comenta, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión que los derechos invocados en la demanda por parte de la recurrente no fueron vulnerados. Desestimándose, así, la demanda.

COMENTARIO A LA STC 06316-2008-PA,
DE 30 DE JUNIO DE 2010

*DERECHO A LA CONSULTA Y
PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN
DE AISLAMIENTO O CONTACTO INICIAL*

POR JOHAN LEÓN FLORIÁN
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

Derecho a la vida, salud, integridad cultural y derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial. Prueba de la existencia de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial. Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial. Vigencia y eficacia vinculante del derecho a la consulta.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

En junio de 2010, cuando se publicó la sentencia materia de comentario, el TC no había emitido aún ningún pronunciamiento orgánico sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. El único precedente con el que se contaba era con el caso *Cordillera Escalera*, donde si bien se plantea este tema, se hace de modo tangencial y sin consecuencias para el caso concreto^[1]. La jurisprudencia sobre la consulta, en particular, y sobre la variada y compleja problemática de los pueblos indígenas, en general, estaba pues aún por construirse. Representa, por consiguiente, el presente caso y el que se publicara días antes (el 17 de junio), el *Gonzalo Tuanama Tuanama*^[2], los primeros donde el Tribunal ex-

[1] STC 3343-2007-PA/TC.

[2] STC 0022-2009-PI/TC.

pondría su doctrina jurisprudencial sobre esta materia. Si bien, en *Gonzalo Tuanama Tuanama* el Tribunal definiría los fundamentos, el contenido protegido y la forma de operativización del derecho a la consulta, en el proceso interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de Selva Peruana (AIDSESP), el Tribunal se enfrentaría a algunas cuestiones delicadas no resueltas en *Tuanama* y que requerían ser abordadas por este organismo, amén de la especial circunstancia de encontrarse en juego los derechos de supuestas poblaciones indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial, lo que generaba una expectativa adicional en la resolución de esta controversia.

En lo que concierne al derecho a la consulta, el asunto era de suyo delicado y su concreción jurisprudencial de suma importancia, y no desde un punto de vista teórico o dogmático, sino sobre todo desde el impacto político y social que dicha definición podía generar. En los meses previos a la publicación de las sentencias arriba mencionadas, la confrontación entre el gobierno y los pueblos indígenas de la Amazonía por la política de expansión económica en la selva que pretendía implementar el gobierno^[3], había escalado hasta llegar a la violencia. Los lamentables hechos ocurridos en la madrugada del 05 de junio de 2009 en la Curva del Diablo, en la localidad de Bagua y en la Estación de Bombeo N° 6, con el trágico saldo de 34 vidas humanas perdidas demostrarían el grado de desencuentro entre ambas posiciones^[4]. El reclamo central de los pueblos indígenas, si bien se circunscribía a la derogación de los decretos legislativos aprobados por el gobierno, considerados como lesivos o peligrosos para la conservación de sus territorios, también se había puesto en el tapete la ausencia del mecanismo de consulta en la emisión de dichos decretos legislativos, lo cual suponía un incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones contraídas en virtud del Convenio 169 de la OIT. La consulta, en este contexto, era vista por los pueblos indígenas como una forma de contención de las pretensiones políticas del gobierno. Es por ello, que cuando en sede del Tribunal se discutió este tema, así como en el Congreso de la República cuando se debatía el Proyecto de Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa^[5], uno de los temas más recurridos fue la posibilidad de que el derecho a la consulta supusiese una facultad de *veto* por parte de los pueblos indígenas a las decisiones adoptadas por el Estado.

[3] La explicitación más clara de esta política la había hecho el propio Presidente Alan García en sus artículos sobre “El perro del hortelano”.

[4] Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua “*Ajumaish Junikchamu Ati*” (Para que nunca más vuelva a suceder), presentado con fecha 21 de diciembre de 2009.

[5] Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada el 19 de mayo de 2010, y observada por el Poder Ejecutivo.

Este tema, sin embargo, fue saldado tanto por el Congreso, aunque de un modo menos explícito, como por el Tribunal, que estableció en el caso *Tuana-ma*, que el contenido protegido del derecho a la consulta no incluía el derecho a veto^[6]. Más allá de esta determinación, que por lo demás era la que había efectuado la propia OIT^[7], el Tribunal también explicitó los elementos esenciales que caracterizaban al proceso de consulta, así como las etapas en las que consistía dicho procedimiento. Este desarrollo tenía como finalidad, como quedaría aclarado posteriormente, no sólo fijar pautas jurisprudenciales de interpretación, sino también hacer efectiva en la práctica el derecho de consulta, que hasta ese momento era sólo una aspiración de los pueblos indígenas. Además de ello, el TC habilitó la vía del proceso de amparo como mecanismo idóneo para tutelar el contenido constitucionalmente protegido de este derecho^[8].

El problema en el presente caso, sin embargo, además de alguna definición adicional sobre el derecho a la consulta, se centraba en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial. Este tema ya había merecido un exhaustivo informe por parte de la Defensoría del Pueblo, donde se recogía la difícil situación por la que atravesaban estos pueblos y se invocaba la actuación de los poderes públicos involucrados, sobre todo en cuanto a la regulación legal necesaria para la protección de sus derechos^[9]. En dicho contexto, el Congreso expidió, el 24 de abril de 2006, la Ley 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, la misma que fue reglamentada mediante D.S. 008-2007-MIMDES. En dicha ley se estableció, acorde con las recomendaciones de la Defensoría^[10], un sistema de *reservas territoriales* con el objeto de proteger a las poblaciones indígenas ubicadas en esta condición. De este modo, el territorio delimitado en la reserva, merced a su carácter *intangibile*, podía proveerles de los recursos básicos para su subsistencia física y cultural, así como preservarlos de contactos no deseados que puedan dañar su salud.

En el Informe de la Defensoría se mostraba, sobre todo, una gran preocupación por el alto grado de desatención estatal en la problemática de estas comunidades, que en los últimos años habían visto diezmada su población producto de

[6] STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 24-25.

[7] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos*, OIT, Ginebra, 2009.

[8] STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 26-41.

[9] DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Informe Defensorial N° 101. Pueblos Indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial*, Lima, 2006.

[10] *Informe Defensorial N° 101*, op. cit. pp. 52-60.

varios contactos no deseados establecidos con extractores ilegales de madera, turistas informales, entre otros^[11]. La poca supervisión y seguridad que brindaba el Estado en el ingreso a las reservas territoriales, así como la alarmante ausencia de atención médica en dichas zonas fue destacado por el Informe Defensorial^[12]. Uno de los puntos neurálgicos, tanto del Informe como de la Ley y Reglamento aprobados era la *superposición* de las reservas con lotes concesionados de gas o hidrocarburos, donde las empresas concesionarias desarrollaban su actividad y habían generado también algunos contactos, en perjuicio de las comunidades^[13]. La Ley y el Reglamento hablaban de la posibilidad de que, “por causa de necesidad pública”, el Estado concesione lotes para la explotación de recursos naturales ubicados en la reserva, incorporando de este modo una *excepción* a la intangibilidad de los territorios. La Defensoría, aunque en otros casos (como concesiones forestales) exhortaba a la *exclusión* de las concesiones del ámbito de la reserva territorial indígena, en el caso de concesiones de gas o hidrocarburos recomendaba el “menor grado de contacto posible”, la creación de zonas de amortiguamiento entre el territorio ocupado por los pueblos indígenas y la zona donde se desarrollaba el proyecto, y la prevención en los estudios de impacto ambiental de las consecuencias de los contactos sobre la salud de los indígenas, así como el seguimiento del uso adecuado de los protocolos de contacto desarrollados por las empresas^[14]. Sobre este delicado tema de superposición de concesiones y reservas territoriales, que involucraba la protección adecuada de las comunidades, por un lado, y el modelo de expansión y crecimiento económico en la selva, por otro, le correspondía pronunciarse, en esta ocasión, al Tribunal Constitucional.

3. *Análisis*

La demanda se plantearía justamente por AIDSESEP como una amenaza de violación a los derechos a la vida, salud, integridad cultural y derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento waorani (tagaeritaromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras, dada la superposición de los territorios donde estos pueblos supuestamente habitan con los lotes de hidrocarburos 39 y 67, concesionados por el Estado a favor de las empresas PERUPETRO S.A., BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF. Las poblaciones indígenas afectadas no contaban, sin embargo, con una

[11] *Informe Defensorial N° 101*, op. cit. pp. 10-14.

[12] *Informe Defensorial N° 101*, op. cit. pp. 43-46.

[13] En el *Informe Defensorial N° 101*, se narra incluso el episodio de la muerte de la menor indígena Gianina Terry, en el Proyecto Camisea, producto de un accidente, vid. pp. 34-38.

[14] *Informe Defensorial N° 101*, op. cit. pp. 62-63.

reserva territorial formalmente declarada a su favor, ni habían sido reconocidas por la Comisión Multisectorial, de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley 28736. Ello, no obstante, no impedía que gocen de una protección especial, dado que el propio reglamento establecía en su artículo 24 un régimen temporal de resguardo mientras durase su reconocimiento, el mismo que había sido solicitado por la propia AIDSESEP. El tema se reconducía, entonces, a una protección sustantiva de sus derechos, más allá del reconocimiento formal del Estado, como es usual además en temas de pueblos indígenas. Sin embargo, debía demostrarse, en primer lugar, con el material probatorio suficiente, la existencia de estos pueblos indígenas.

Con relación a este aspecto, la sentencia afirma que los medios probatorios presentados por AIDSESEP no acreditan la existencia de las poblaciones aludidas y que además resultan contradictorios con los estudios presentados por las entidades demandadas, por lo que ante la controversia sobre el *hecho* de la existencia de estas poblaciones, el asunto debe derivarse a otra vía que cuente con estación probatoria. Repite pues aquí el Tribunal la conocida fórmula según la cual el amparo no es el medio procesal idóneo para discutir un asunto que requiere de una estación probatoria amplia. Al margen de la pregunta que queda flotando sobre cuál sería, en este caso, esa “otra vía idónea”, cabe hacer aquí una acotación crítica sobre el tema de la prueba en el amparo.

No es acertado afirmar, desde nuestro ordenamiento procesal constitucional, que cuando se presenta una “controversia” sobre hechos en el amparo, éste deba declararse improcedente por falta de etapa probatoria. Y ello porque el propio Código (artículo 9) le otorga al juez el poder-deber de actuar los medios probatorios necesarios para resolver una controversia cuando ello sea indispensable. La limitación no es pues absoluta, ni puede serlo cuando se trata de la protección de derechos fundamentales, sobre todo cuando no se aprecia claramente, como en el presente caso, cuál es la otra vía a la que podría reconducirse la pretensión planteada por la parte demandante. El asunto crucial –creemos– radica en saber en qué circunstancia el juez debe realizar esa labor probatoria adicional que, *prima facie*, no es parte del trámite normal del amparo. Es pues, en este extremo, donde se presenta la deficiencia teórica y dogmática en la jurisprudencia del Tribunal, pues aunque éste ha actuado *prueba de oficio* en múltiples ocasiones, no se conoce el criterio utilizado para realizar dicha actividad.

De nuestra parte estimamos, que pueden introducirse dos criterios para orientar el activismo judicial en materia probatoria: uno según el cual la *intensidad* del control constitucional (y en esto se incluye la potestad probatoria) debe ser mayor mientras más grave sea la afectación del derecho fundamental involucrado; y otro según el cual más *intenso* debe ser el control constitucional (con la correspondiente actividad probatoria) mientras más se encuentren en juego derechos de especial relevancia (como la vida o integridad física) o grupos que

gozan de especial protección constitucional (como los pueblos indígenas, por ejemplo). Con estos criterios, sin embargo, bien podría sostenerse que, en el presente caso, estando en juego derechos de un grupo que goza de una protección constitucional especial (y podría decirse que reforzada por tratarse de pueblos indígenas extremadamente vulnerables), el Tribunal debió efectuar (de oficio o instando a las partes) una actividad probatoria más intensa, que dé luces sobre la existencia de las poblaciones referidas. No obstante, también creemos que dicha actuación es exigible sólo cuando existan indicios o medios probatorios mínimos que induzcan a pensar en la verosimilitud de lo alegado^[15]. Ello, sin embargo, al parecer tampoco se presentó en el caso de autos. La omisión, en todo caso, del Colegiado Constitucional consistió en no haber explicitado las valoraciones probatorias que lo llevaban a dicha conclusión, tal y como por ejemplo se expuso, de un modo más detallado, en el Voto Singular del magistrado Landa Arroyo^[16].

El otro tema delicado que abordó la sentencia fue el relacionado con la vigencia y eficacia vinculante del derecho a la consulta. Si bien las supuestas poblaciones en situación de aislamiento o contacto inicial habían quedado fuera de la controversia, por no haber sido demostrada su existencia, otros pueblos indígenas sí se hallaban en la zona de los lotes petroleros explotados por las empresas demandadas, con lo cual aquí sí era clara, no tanto la afectación de sus derechos al territorio, identidad cultural u otros derechos sustantivos, sino, principalmente, de su derecho a la consulta previa e informada, pues dichos lotes se habían otorgado en concesión sin el procedimiento respectivo de consulta ordenado por el Convenio 169 de la OIT. Así, los lotes petroleros habían sido concesionados el 10 de diciembre de 1995 (lote 67) y el 07 de julio de 1999 (lote 39), mientras el Convenio había entrado en vigencia, en el Perú, el 02 de febrero de 1995.

En este punto, el Tribunal encuentra una *colisión de derechos*, pues si bien por un lado el derecho a la consulta exigía ser satisfecho, en los términos establecidos por el Convenio, por otro, una solución que supusiese la nulidad de las concesiones por no haber cumplido dicha exigencia, hubiera significado no sólo la pérdida de derechos patrimoniales de las empresas, sino, principalmente, una afectación de la seguridad jurídica y la estabilidad de las inversiones y confianza en el país. El Tribunal resuelve aquí que no es necesario sacrificar completamente ninguno de los bienes constitucionales en juego, sino que puede llegarse a una solución intermedia, acorde con el principio de *concordancia práctica*,

[15] Vid. más ampliamente esta postura en nuestro trabajo: “Sobre la prueba en el proceso de amparo”, en AA.VV.: *La prueba en el proceso constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 75-80.

[16] Considerando 8 de dicho Voto Singular.

a través del establecimiento de un “*plan de compromisos compartidos*”, que debía impulsar el Ministerio de Energía y Minas, con el objeto de acercar a las partes en conflicto, y atender la voz y las necesidades de los pueblos indígenas. Esta solución la encontramos acertada, aunque bajo la condición, ineluctable para el Estado peruano, de vigilar no sólo la adopción de dichos planes, sino también que los mismos se acuerden en los términos del *diálogo intercultural* y de los principios expuestos por el Tribunal sobre el derecho a la consulta, y sin sacrificar, en ningún caso, derechos indispensables para la supervivencia física y cultural de estos pueblos.

El problema, sin embargo, subsistía en el extremo de saber desde cuándo era imprescindible la realización del proceso de consulta. El Tribunal en la resolución aclaratoria de la sentencia *in comento*, establece que dicha fecha es la de expedición de la sentencia del caso *Gonzalo Tuanama Tuanama*, pues a partir de allí se tienen claramente establecidas las obligaciones que se derivan del derecho a la consulta previa e informada, además de señalarse la forma y los pasos esenciales de este procedimiento. Esta fórmula, no obstante resulta harto cuestionable, por basarse en una premisa sin mayor sustento y que termina restándole vigor a las obligaciones estatales asumidas en virtud de tratados internacionales (además de ser una pauta que seguramente no eximiría al Estado de su responsabilidad internacional), intenta superar el problema de la exigibilidad del derecho a la consulta, dado el recurrente argumento utilizado por el Poder Ejecutivo, en los procesos constitucionales vistos en sede del Tribunal, según el cual este procedimiento no puede llevarse a cabo por la ausencia de una ley de consulta. En dicha perspectiva, resulta un complemento ideal en la búsqueda de efectividad de este derecho, la sentencia emitida por el Tribunal en el segundo proceso interpuesto por AIDSESEP, donde se ordena al Ministerio de Energía y Minas la emisión del reglamento que desarrolle este derecho^[17].

Finalmente, la interrogante más decisiva de este caso, que lamentablemente no pudo ser absuelta por el Tribunal, dada la falta de probanza de la existencia de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial, era, como mencionábamos en los antecedentes histórico-políticos de la sentencia objeto de comentario, la de si puede mantenerse la *superposición* de una reserva territorial indígena y un lote de exploración o explotación minera o hidrocarbúrica. Como vimos, la Ley 28736 lo permite, y la Defensoría del Pueblo (en una postura algo contradictoria) ha opinado en el mismo sentido, aunque claro, bajo determinadas condiciones. Nosotros creemos que no puede darse para este asunto una respuesta concluyente. No pensamos, sin embargo, como ha seña-

[17] STC 5427-2009-PC/TC. Sobre la reciente publicación del Proyecto de Reglamento del Derecho a la Consulta, por parte del Ministerio de Energía y Minas vid. <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/blog1/>.

lado la ley y la Defensoría, que siempre pueda permitirse dicha superposición. Y es que, de encontrarse en peligro los derechos básicos de estos pueblos o su propia supervivencia, no hay beneficio económico que pueda legitimar la continuidad de la explotación o exploración. Los lotes tendrían pues que ser excluidos de la reserva. Esta es la interpretación que se deriva, diáfana, del mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución. Si, en todo caso, dicho peligro no existe o no es patente, creemos que aún es necesario transitar primero el camino del diálogo y el acercamiento con estos pueblos. La consulta aquí, debe efectuarse con especial cuidado, y antes de la continuidad de cualquier explotación deben ser implementadas las medidas necesarias para la máxima disminución de cualquier riesgo. Debe pues tenerse en cuenta que, como ya ha ocurrido, un encuentro no preparado o adecuadamente acondicionado puede acarrear un grave riesgo para la subsistencia de estos pueblos^[18].

Además, es necesario recordar, como ha sostenido recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*^[19], que el problema de la disputa de un territorio entre una comunidad indígena y un particular, no puede apreciarse sólo desde la rentabilidad económica que supone la presencia de una empresa, sino también desde la indudable importancia física y cultural que dicho territorio tiene para la comunidad indígena. Hacer prevalecer, en abstracto, como parece hacerse ahora en nuestro país, un interés sobre otro, supone en la práctica una forma de discriminación, inaceptable desde la Constitución. No olvidemos, por último, que la tierra en la que habitan los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial es su último reducto, la última morada a la que pudieron escapar, cuando sufrieron en carne propia el salvajismo de la civilización occidental^[20].

[18] La alusión es a la vulnerabilidad del pueblo indígena Nanti de la Reserva Territorial Kugapakori Nahua, merced a su presencia en los lotes del Proyecto Camisea (Vid. el *Informe Defensorial 101*, op. cit., pp. 34-38).

[19] Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 24 de agosto de 2010; la referencia en el considerando 148.

[20] El supuesto “aislamiento voluntario” de estas poblaciones no es más que la reacción a experiencias traumáticas pasadas, vividas sobre todo a raíz de la explotación del caucho en la selva, de la extracción ilegal de madera, e incluso, como se relata en el Informe de la Defensoría del Pueblo N° 101, en el caso del pueblo matsé, a causa de la represión y el bombardeo que sufrió este pueblo, por parte de la fuerza aérea peruana, en la década del 60, sólo con el objeto de sacarlos de sus territorios y poder construir una carretera al Brasil (Vid. *Informe Defensorial N° 101*, op. cit. p. 53).

COMENTARIO A LA STC 05427-2009-PA,
DE 23 DE AGOSTO DE 2010

*LA INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN Y EL DEBER
DE REGLAMENTAR EL DERECHO
A LA CONSULTA*

POR JOHAN LEÓN FLORIÁN
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

El principio de efectividad de las disposiciones constitucionales. La inconstitucionalidad por omisión. La adecuación del proceso de cumplimiento para el control de las omisiones inconstitucionales. Supuestos para la configuración de la inconstitucionalidad por omisión. La reglamentación inadecuada e insuficiente del derecho a la consulta.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

Aún cuando el Tribunal había emitido ya dos importantes sentencias sobre el derecho a la consulta, en la primera de las cuales, el caso *Gonzalo Tuanama Tuanama*^[1], había explicitado los elementos básicos de este procedimiento, mientras que en el proceso seguido por AIDSESEP, había establecido la obligatoriedad ineludible de realizar dicho procedimiento a partir de la fecha de publicación de la sentencia *Tuanama*^[2], además de la obligación estatal de llevar adelante planes de compromisos compartidos entre empresas y comunidades

[1] STC 0022-2009-PI/TC

[2] RTC 6316-2008-PA/TC

indígenas donde no se hubiere realizado la consulta^[3]; lo cierto era que, aún el Poder Ejecutivo, se seguía excusando en la falta de una ley de desarrollo del derecho a la consulta para no implementar este procedimiento.

Con posterioridad a los lamentables hechos del 05 de junio de 2009, ocurridos en la localidad de Bagua, que se habían suscitado, entre otras cosas, por el desencuentro entre comunidades indígenas y gobierno por la aprobación de los decretos legislativos sobre inversión privada en la selva, sin la realización previa del procedimiento de consulta^[4], el Congreso había emprendido la tarea de aprobar, en el más breve lapso, una ley de desarrollo del derecho a la consulta. Así, en sesión ordinaria de fecha 19 de mayo de 2010, el Parlamento aprobó la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, respondiendo, de este modo, al pedido de las comunidades indígenas, y cumpliendo con la obligación derivada del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, el Poder Ejecutivo, días después, utilizaría su facultad de veto, para observar la ley enviada por el Congreso, en diversos puntos, que no corresponde aquí abordar.

Para lo que a este breve comentario importa, a la fecha de publicación de la sentencia, el Estado no había implementado aún los procedimientos de consulta en las decisiones que afectaban a los pueblos indígenas, ni había emitido una ley que especifique los lineamientos generales y determine las responsabilidades en la operativización de este derecho. Ello, al margen de significar un incumplimiento de las obligaciones estatales derivadas del Convenio 169 de la OIT, suponía no contar con un mecanismo que posibilite la solución de diversos conflictos sociales, en los que se hallaban involucradas comunidades indígenas, las cuales, de este modo, tampoco contaban con medios institucionales para hacer escuchar su voz y parecer sobre los proyectos que buscaban ser implementados en sus territorios. Como la propia sentencia recalcaría, en uno de sus considerandos, según el Reporte de Conflictos Sociales N° 75 de la Defensoría del Pueblo, de los 255 conflictos sociales existentes en ese momento en el país, 132 casos eran conflictos socioambientales, donde se encontraban implicadas comunidades indígenas. Bajo ese panorama, le tocaba al Tribunal decidir si era posible o no que, vía un proceso de cumplimiento, destinado más bien al control de las omisiones en el cumplimiento de la ley o de los actos administrativos, pudiera controlarse la omisión en el cumplimiento de un tratado internacional, ordenando al Ministerio de Energía y Minas la emisión de un reglamento sobre el derecho a la consulta.

[3] STC 6316-2008-PA/TC

[4] Vid. Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua “*Ajumaish Junikchamu Ati*” (Para que nunca más vuelva a suceder), presentado con fecha 21 de diciembre de 2009.

3. *Análisis*

El primer problema al que se enfrenta el Tribunal, en la solución de la controversia, se centra pues en la procedencia de la demanda. Y es que, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), plantea en términos claros, como su pretensión, la de hacer cumplir los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, que establecían la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas cualquier decisión legal o administrativa que los afecte; es decir, pretendía el demandante, hacer cumplir un mandato derivado no de una ley o un acto administrativo, sino de un tratado internacional; más concretamente aquel que estaría implícito en dichos artículos, esto es, la emisión de la normativa necesaria para hacer efectivo el referido derecho de consulta. Es justamente esta razón, de orden formal, la que hizo que las instancias inferiores declararan improcedente la demanda de cumplimiento.

El tema, sin embargo, no fue, desde el inicio del excurso argumentativo de la sentencia, así de claro para el Tribunal. Y es que, parecía difícil admitir, a primera vista, que una demanda, donde estaba en juego la fuerza normativa de la propia Constitución (dado que el Tribunal reconoció desde un inicio el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT) fuera declarada improcedente, más aún cuando, como el Tribunal explicitaría en los fundamentos, no existía en el ordenamiento procesal constitucional peruano, ningún otro instrumento idóneo para exigir el cumplimiento de mandatos de desarrollo legislativo derivados de la Norma Fundamental. Aquí es donde el TC encuentra que el problema es el que, en la doctrina y jurisprudencia comparada, se conoce como “inconstitucionalidad por omisión”, y que en otros sistemas jurídicos posee un cauce específico para su control, a través de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”.

En adelante, el Tribunal centra su preocupación en justificar la importancia de que, en un Estado Constitucional, la fuerza normativa de las disposiciones constitucionales no se vea mermada por las inacciones del legislador, más aún cuando el Texto Constitucional encarga en éste la realización de determinadas acciones o desarrollo legislativo para dar cabal cumplimiento a un mandato constitucional. Dicha necesidad se torna más patente, según el Tribunal, cuando en el seno del Estado Social de Derecho, las disposiciones que aseguran su virtualidad jurídica son, sobre todo, disposiciones programáticas, que requieren de una definición legal para su vigencia práctica. En dicho contexto, el propio valor fundamental de las cláusulas de derechos sociales se encuentra supeditado, en gran medida, a la labor de desarrollo normativo llevada a cabo por el legislador.

Entonces, razona el Tribunal, para que la eficacia normativa de la Constitución, y la vigencia de los derechos sociales, en particular, no quede al albur de una decisión legislativa, es necesario que la jurisdicción constitucional tenga

también el encargo de controlar las deficiencias, olvidos u omisiones en que incurra el órgano legisferante. Es por esta razón, además del hecho de encontrarse en juego un derecho fundamental de especial relevancia para un grupo que goza de especial protección constitucional (como era el caso del derecho de consulta de los pueblos indígenas), que el Tribunal considera necesario adecuar el proceso de cumplimiento, para verificar la omisión en que habría incurrido el Ministerio de Energía y Minas al no reglamentar adecuadamente, para el sector que le compete, el derecho a la consulta. Aquí el Tribunal opta por una solución que, al margen de morigerar la disposición constitucional que establecía que el proceso de cumplimiento servía sólo para hacer cumplir mandatos legales o actos administrativos, permite otorgar mayor eficacia normativa al íntegro de la Constitución, y brindar protección efectiva a los derechos fundamentales, de acuerdo a los principios de interpretación constitucional, muchas veces utilizados por el Tribunal, de unidad de la Constitución, concordancia práctica, eficacia normativa y mayor protección de los derechos fundamentales.

En lo que concierne a la configuración de la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal encuentra que, en el caso *in comento*, se dan los presupuestos necesarios para declarar la presencia de esta forma de inconstitucionalidad. En primer lugar, entiende el TC que el *mandato de desarrollar normativamente* las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que recogen el derecho a la consulta, se encuentra implícito en dichas disposiciones y resulta lo suficientemente claro para exigir su cumplimiento. En este punto, recurre a la cita de diversos tratados internacionales que establecen como una de las principales obligaciones de los estados al momento de implementar un tratado, la de emitir normas de derecho interno que den eficacia práctica al convenio internacional. El argumento más interesante, sin embargo, lo constituye aquel según el cual la necesidad de regulación normativa y, por tanto, su exigibilidad pueden derivarse de la propia realidad, cuando se ha constatado que la falta de una ley o un reglamento es uno de los principales obstáculos para la implementación de un derecho fundamental, en este caso, la consulta.

En segundo lugar, el TC estima que el *tiempo transcurrido* para que el Estado haya desarrollado la regulación necesaria para efectivizar este derecho ha sido más que suficiente, pues han pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT (el Estado peruano aprobó el Convenio 169 de la OIT a través de la Resolución Legislativa N. ° 26253, del 2 de diciembre de 1994, entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995). Por último, las consecuencias sobre la afectación de derechos fundamentales y el permanente conflicto social en torno a los pueblos indígenas, patentiza la existencia de un *resultado inconstitucional*, que es otra condición para que se configure la “inconstitucionalidad por omisión”. Efectuadas todas estas precisiones, y comprobado el hecho de que la diversa y dispersa normativa existente sobre el derecho

a la consulta no satisface lo ordenado por el Convenio 169, en tanto la misma no se encuentra dirigida a pueblos indígenas, ni recoge los requisitos de ser procedimientos previos y que busquen el consentimiento, el Tribunal declara el incumplimiento, por parte del Ministerio de Energía y Minas (ente demandado), de su deber de reglamentar el derecho a la consulta, en materias de su competencia, ordenándole, por consiguiente, la emisión, en el lapso más breve, del correspondiente reglamento, de acuerdo a las características del derecho a la consulta explicitadas en la propia sentencia.

Al margen de los argumentos técnico-jurídicos utilizados por el Colegiado Constitucional para estimar la demanda, y justificar, sobre todo, el ingreso al fondo del asunto, y que parecen correctos de cara a la dogmática constitucional, parece avizorarse, en varios apartados de la sentencia, alguna intención adicional, una razón de fondo en la sentencia, que es la que finalmente ilumina y da sentido a toda la argumentación desplegada. Una motivación que podría resumirse en el intento del Tribunal de enfrentar y superar un problema que no tenía sólo connotaciones jurídicas, sino, sobre todo, políticas y sociales: la necesidad de habilitar el proceso de cumplimiento, al margen de los formalismos, para ofrecer un mecanismo de garantía adicional, que pueda hacer finalmente efectivo el derecho a la consulta. Transluce aquí pues, como sucede en otros tribunales o cortes que practican un cierto activismo judicial, una concepción de la justicia, algo distinta de aquella que cree que su único deber es aplicar el derecho preestablecido. Dicha concepción, estima más bien, que la función de la justicia es conseguir, por medio del derecho, una transformación de la realidad social, cuando ésta pareciera estar distante y lejana de los valores que inspiran el ordenamiento jurídico^[5].

Aunque dicha concepción pueda ser criticable, desde varios puntos de vista, pues parece confirmar ciertas posturas del realismo jurídico, o dejar demasiado espacio para la ideología de los jueces, lo cierto es que, dicha dimensión *transformativa*, sobre todo de la jurisdicción constitucional, también puede ser recomendable, y así sucede a menudo, en países que recién empiezan a vivir según valores y principios constitucionales, y donde el discurso de los derechos es más una utopía que una realidad. La reciente publicación del Proyecto de Reglamento sobre el Derecho a la Consulta, por parte del Ministerio de Energía

[5] Así, se ha hablado de la función que tienen, por ejemplo, los grandes casos de derechos sociales de “desbloquear” la endeble estructura institucionalidad y democrática de un país, y promover un cambio en ella. Vid. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en *La protección judicial de los derechos sociales* Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, pp. 343 y ss.

y Minas, en su página web^[6], parece haber dado la razón a la postura activista y la visión de la justicia, en clave transformativa, operada por el Tribunal en esta sentencia. Aunque, como también nos recuerda dicha concepción del derecho, la emisión de las leyes o una victoria judicial, son apenas el primer paso en la lucha por los derechos^[7]. Veremos.

[6] Sobre la reciente publicación del Proyecto de Reglamento del Derecho a la Consulta, por parte del Ministerio de Energía y Minas vid. <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/blog1/>.

[7] VALENCIA VARGAS, Areli: “Derechos humanos y equidad social: Avanzando hacia una visión transformativa en la protección de los derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 13, México, enero-junio de 2010, pp. 213 y ss.

COMENTARIO A LA STC 04749-2009-PA,
DE 24 DE AGOSTO DE 2011

*LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL
DE LAS PERSONAS CON VIH/SIDA*

POR JAIME DE LA PUENTE PARODI
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

- 1.1. La persona con VIH/SIDA como sujeto de especial protección constitucional.
- 1.2. El acceso al derecho fundamental a la pensión de las personas afectadas con VIH/SIDA.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

En el año 2004 el Tribunal Constitucional emite el primer pronunciamiento^[1] en el que aborda la enfermedad del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) a propósito de una controversia en la cual se solicitó que el Estado peruano otorgue atención médica integral mediante la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, así como la realización de los exámenes periódicos y las pruebas de CD4 y carga viral. La sentencia declara fundada la demanda de amparo y ordena la inclusión de la demandante en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra la patología indicada y se exhorta a los poderes públicos a que se cumpla con el artículo 8° de la Ley N.° 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

[1] STC 02945-2003-AA/TC publicada el 17 de julio de 2004.

De la decisión en comento se advierte el transcurso de nueve años entre la promulgación del Plan de Lucha contra el VIH, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual, aprobado mediante Ley N.º 26626^[2], y la posterior ampliación y modificación efectuada por Ley N.º 28243^[3], situación que da cuenta de una inercia legislativa en dicho lapso frente al avance de la enfermedad que en el 2004 alcanzó 1,862 de casos notificados de SIDA y 3,026 de casos notificados de VIH, según los datos que publica el Boletín Epidemiológico Mensual sobre la Situación del VIH/SIDA en el Perú^[4]. Por tal motivo es que el Tribunal, como se ha indicado, recomendó en la parte resolutive de su decisión, que se efectúe una inversión presupuestal preferente para la política pública en materia de VIH/SIDA, con el objeto que las consecuencias de la enfermedad puedan ser revertidas con una eficaz atención integral de salud.

Si bien en el 2005 el Alto Tribunal expidió una sentencia^[5] bajo los mismos alcances del primer pronunciamiento, luego de casi siete años nuevamente se aborda la cuestión relativa al VIH/SIDA a partir de un debate en el que se encuentran comprometidos los derechos fundamentales a la pensión y a la salud. Actualmente el contexto es bastante diferente al que sirvió de marco a la expedición de la sentencia que por vez primera desarrolló aspectos vinculados al VIH/SIDA. En materia legislativa se cuenta con el Plan Estratégico Multisectorial 2007-2011 para la Prevención y Control de las ITS y VIH/SIDA en el Perú^[6] que tiene por finalidad guiar la implementación de programas y proyectos tanto en el ámbito gubernamental como en el sector no gubernamental, privado, académico, de base confesional, de base comunitaria y de la cooperación internacional y del cual ha derivado diversa normativa, como por ejemplo en el sector salud, el Plan Nacional de Prevención y Control de la Transmisión Madre Niño del VIH y Sífilis^[7] y la Norma Técnica de Salud para la Profilaxis de la Transmisión madre-niño del VIH y Sífilis Congénita^[8]; y en lo concerniente al sector trabajo es pertinente mencionar que se han adoptado Medidas Nacionales frente al VIH y SIDA en el lugar de trabajo^[9]. Este desarrollo legislativo si bien constituye un avance en materia de amparo a personas que viven con el VIH/SIDA, lamentablemente tiene en la propia enfermedad y en el desconocimiento que aún se mantiene sobre la misma, los principales factores que frenan el logro

[2] Publicada el 20 de junio de 1996.

[3] Publicada el 1 de junio de 2004.

[4] www.dge.gob.pe/vigilancia/vih/Boletin_2011/abril.pdf

[5] STC 02016-2004-AA/TC publicada el 8 de abril de 2005.

[6] Decreto Supremo N.º 005-2007-SA.

[7] Resolución Ministerial N.º 463-2007-MINSA.

[8] Resolución Ministerial N.º 335-2008-MINSA.

[9] Resolución Ministerial N.º 376-2008-TR.

de una adecuada protección a este grupo especial de personas. En ese aspecto es importante recoger los datos estadísticos del periodo 1983-2011 (al 30 de abril de 2011) que refiere que en el Perú se han notificado 27,454 casos de SIDA y 44,004 casos de VIH^[10] y que según el modelo de estimaciones desarrollado por la Organización Mundial de la Salud y ONUSIDA en nuestro país existen aproximadamente 76,000 casos de personas viviendo con la enfermedad.

De los indicadores consignados en los párrafos precedentes se puede advertir una situación verdaderamente alarmante. Entre el año 2004, oportunidad en la que el Tribunal Constitucional expide la STC 02945-2003-AA/TC y el 2011, momento en el que se dicta la STC 04749-2011-PA/TC la cifra de casos notificados con VIH y SIDA se ha incrementado de 4,888 a 71,458, vale decir en siete años los casos informados de personas afectadas con las mencionadas patologías han aumentado en catorce veces, pese a que –tal como se ha descrito–, se cuenta con dispositivos legales que tienen por objeto dotar de una adecuada protección en salud, mediante la atención integral y sus diversos componentes, y también en lo concerniente al desarrollo de las relaciones de trabajo. Lamentablemente la normativa sobre la materia siempre será insuficiente si sus contenidos no están es permanente revisión, ó si no se escruta, a través de los mecanismos pertinentes, la forma en que los dispositivos legales son aplicados, sea en el campo de la Administración Pública o en las relaciones *inter privatos*.

En el escenario descrito no resulta fuera del orden que el máximo intérprete de la Constitución haya considerado oportuno retomar su jurisprudencia acerca del VIH/SIDA y desarrollarla, buscando mejorar el nivel de protección para este grupo de personas que a menudo se ven afectadas por decisiones irrazonables que pueden dejar entrever actitudes discriminatorias encubiertas, lo que no puede ser permitido en un Estado Social de Derecho que tiene en el principio de igualdad uno de sus pilares fundamentales.

3. *Análisis*

La demanda de amparo se plantea con la finalidad de obtener la restitución de la pensión de invalidez. Para ello se cuestiona la resolución administrativa expedida por la Oficina de Normalización Previsional que declara la caducidad, propiamente la extinción, de la pensión otorgada a una persona que padece de VIH al cumplir los requisitos previstos legalmente, vale decir encontrarse incapacitado para laborar y reunir los años de aportes al sistema pensionario. Para el demandante la privación del derecho fundamental a la pensión se convierte en arbitraria pues oportunamente cumplió con las exigencias legales. Para la

[10] www.dge.gob.pe/vigilancia/vih/Boletin_2011/abril.pdf

entidad pensionaria la decisión administrativa se sustenta en la comprobación, mediante un certificado médico expedido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades, que el grado de incapacidad determinado inicialmente por otra comisión médica ha variado, lo que configura la causal de extinción de la pensión de invalidez.

El análisis inicial del Tribunal Constitucional gira en torno a dos premisas básicas. En primer lugar, la posibilidad de limitar el derecho fundamental a la pensión en tanto *“la configuración legal del derecho a la pensión determina que sea factible establecer condiciones y restricciones para el goce del derecho fundamental, sin que ello configure su vulneración”*^[11], puesto que *“así como se establecen requisitos para el acceso a una pensión, también se han regulado supuestos en que el derecho puede restringirse temporalmente o extinguirse”*.^[12] Y en segundo orden, a un criterio que, a pesar de su racionalidad y generalidad, sirve para ilustrar el ideal de respeto hacia los derechos fundamentales. En ese sentido se señala que es *“Es deber del Estado brindar convenientes servicios a la ciudadanía y esto incluye la obligación que tienen las entidades de cumplir adecuadamente con las funciones que le han sido asignadas. De este modo disminuirían las arbitrariedades que comete la Administración y el ciudadano podría recobrar esa confianza en sus instituciones, lo que permitiría que el aparato estatal funcione de manera ordenada”*.^[13] El planteamiento busca equilibrar el disfrute del derecho a la pensión permitiendo que la entidad competente pueda controlar el acceso al derecho tanto en la calificación de la prestación pensionaria, como en la utilización de mecanismos de fiscalización una vez obtenida la misma. Claro está que las acciones que la entidad previsional puede ejercitar sobre el derecho fundamental en virtud de las funciones que tiene asignadas de ningún modo pueden convertirse en un proceder arbitrario e irrazonable, pues en dicho supuesto la armonía propuesta por el Tribunal sufrirá un quiebre y podría afectarse el derecho fundamental.

El aludido equilibrio, que opera para el común de los ciudadanos, adquiere un matiz distinto cuando el titular del derecho fundamental pertenece a un grupo de vulnerabilidad manifiesta y por ello requiere de un mayor amparo o un trato preferencial. En atención a ello es que el artículo 4.º de la Carta Fundamental establece un especial deber de protección que recae en la comunidad y en el Estado para el niño, el adolescente, la madre y el anciano en situación de abandono. Conforme a lo anotado el Alto Tribunal señala que *“se busca dotar de tutela especial y reforzada a estos grupos sociales que, por su particular condición, demandan de un tratamiento singular; más aún si se encuentran en*

[11] STC 10183-2005-PA/TC, fundamento 5.

[12] STC 10183-2005-PA/TC, fundamento 6.

[13] STC 08919-2006-PA/TC, fundamento 6.

situación de abandono, pues en tal supuesto el requerimiento tuitivo comporta, además, una acción urgente y apropiada”^[14]. A partir de ello, y siguiendo el sendero de la protección reforzada que se ha brindado al niño y al adolescente por encontrarse en plena etapa de formación integral en tanto personas,^[15] y también a las personas con discapacidad mental debido las condiciones de vulnerabilidad por su condición psíquica y emocional,^[16] el Tribunal Constitucional abre un nuevo ámbito de protección reforzada para las personas afectadas con VIH/SIDA.

El Tribunal Constitucional luego de evaluar su jurisprudencia, los datos estadísticos que dan cuenta del avance de la patología y las normas expedidas para otorgar medidas de protección, considera que frente a la problemática que representa la epidemia en el Perú se requiere adoptar un tratamiento particular para este grupo poblacional cuya vida, tanto en el aspecto material como aquel que corresponde al desarrollo de su personalidad, depende de las acciones concretas que promueva del Estado, asistido por la comunidad. A partir de dicha premisa es que se hace extensiva la especial protección prevista en el artículo 7° de la Constitución a las personas que padecen de una deficiencia física originada en la infección por VIH o por el desarrollo del SIDA, pues ante el estado de vulnerabilidad manifiesta éste sector de la población necesita de una protección reforzada que les permita ejercer sus derechos fundamentales a plenitud, es decir con autonomía, libertad y respeto a su dignidad. Para lo cual se hace necesario que cuenten, como lo dispone el citado dispositivo constitucional, con un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

En el aspecto relacionado al acceso a las pensiones de las personas afectadas con VIH/SIDA el Tribunal considera que la protección especial se sustenta, entre otros motivos, en las particularidades que tiene la enfermedad infecciosa. Por ello, no se ha dudado en señalar que *“Las características de la enfermedad y la posición asumida por el Estado permiten afirmar, teniendo en cuenta también lo esbozado en la jurisprudencia del Tribunal, que el VIH/SIDA constituye una enfermedad que se agrava con el transcurso del tiempo, pues el virus, al reducir las células T CD4, deja al organismo en completa desprotección generando en la persona un estado de inmunodeficiencia, lo que a la postre permite que pueda ser atacado por cualquier infección oportunista producida por bacterias, hongos u otros virus que una persona sana sí podría enfrentar, ocasionando la muerte; evidenciándose por las circunstancias descritas el carácter de enfermedad terminal”*.^[17] Tomando en consideración su naturaleza

[14] STC 04749-2009-PA/TC, fundamento 22.

[15] STC 03330-2004-PA/TC, fundamento 35.

[16] STC 02480-2008-PA/TC, fundamento 13.

[17] STC 04749-2009-PA/TC, fundamento 41.

de enfermedad terminal es que el Tribunal entiende que el Estado debe velar porque las funciones asignadas a las entidades sean cumplidas con eficiencia, tal como lo prevé el artículo 11° de la Constitución.

La protección constitucional especial para este grupo de personas se materializa en diversos límites que sirven de marco a la actuación de la Administración. Así, resultará innecesario revisar periódicamente el estado de salud de un pensionista con VIH o SIDA pues se entiende que una vez diagnosticada su condición no ha de mejorar. En igual medida el control posterior que practica la entidad previsional a los pensionistas de invalidez se sujetará a un marco determinado con el objeto que dicha comprobación del estado de salud y consecuente incapacidad no derive en una privación arbitraria. Lo que en buena cuenta establece el Tribunal Constitucional es que se debe otorgar un tratamiento particular a las personas que padecen de VIH/SIDA al tratarse de una enfermedad terminal, imponiéndose a las entidades que participan en el procedimiento administrativo de calificación y comprobación del derecho pensionario, como la comisión médica y las demás instituciones involucradas, la obligación de garantizar el ejercicio del derecho fundamental a la pensión, pues finalmente recae en el Estado la obligación constitucional de garantizar el eficaz funcionamiento del sistema de seguridad social.

En el caso concreto se verifica que la actuación de la entidad previsional al efectuar la comprobación de una pensión de invalidez cuyo origen fue la enfermedad infecciosa de VIH/SIDA constituye un proceder arbitrario que lesiona el derecho fundamental a la pensión, circunstancia que se ve agravada en tanto la privación del mencionado derecho conllevó la suspensión del tratamiento antirretroviral, poniendo en riesgo otros derechos fundamentales del demandante como la salud y la vida.

Sin duda alguna el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional constituye un acierto pues retoma el análisis en torno al VIH/SIDA y las implicancias que esta patología tiene respecto a los derechos fundamentales de la persona, estableciendo una protección especial para un colectivo que de modo cotidiano observa que sin ningún reparo sus derechos son mermados por conductas arbitrarias, abusivas y hasta discriminatorias.

JURISPRUDENCIA

COMPARADA

EL PARADIGMA DEL PLURALISMO NORMATIVO. UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES*

ARMIN VON BOGDANDY**

SUMARIO: I. *La cuestión y tres tesis.* II. *Sustituir monismo y dualismo por un pluralismo jurídico.* III. *La dimensión constitucional del efecto directo en la configuración pluralista.* IV. *Efecto directo como una cuestión constitucional: la OMC como ejemplo.* V. *La última palabra.*

El desarrollo espectacular de las últimas dos décadas tanto del derecho internacional como de las normas constitucionales estatales sobre el derecho internacional llama a revisar un tema jurídico clásico: la relación entre am-

* Este trabajo surgió en el año 2007 con el objeto de ser presentado en las jornadas organizadas por el *International Journal of Constitutional Law* sobre la relación entre el derecho internacional público y el derecho interno. La versión original fue publicada en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, vol. 6, núm. 3/4 (2008), pp. 397-413. Las disposiciones del derecho de la Unión Europea se citan conforme a las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa de 2007 (en vigor desde el 1 de diciembre de 2009). Traducción de Claudia Escobar García y María Teresa Comellas. El autor agradece el valioso apoyo brindado para la conclusión de este texto por Mariela Morales Antoniazzi y Valentin Pfisterer.

** Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. Profesor de Derecho Público de la Universidad Goethe de Francfort/Main. Presidente del Tribunal Europeo de Energía nuclear (auspiciado por la OCDE). Miembro del Consejo alemán para la Ciencia entre 2005-2008. Premio de la Academia de las Ciencias de Berlín-Brandenburg por sus destacados logros científicos en el ámbito del derecho y de la economía (Fundación Commerzbank 2008). Profesor de la Cátedra de Derecho Global en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York en 2005 y 2009. Invitado para la sesión inaugural del Instituto Straus para Estudios Avanzados del Derecho y la Justicia, Universidad de Nueva York, Año Académico 2009/2010. Miembro del Comité Científico de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2008-2013).

bos. Esta relación es objeto de un debate doctrinal clásico y gira en torno a los conceptos antagónicos de *monismo* y *dualismo*. Como ocurre a menudo con las construcciones jurídicas, estos conceptos canonizados no se cuestionan suficientemente. Sin embargo, para avanzar en el desarrollo de un nuevo derecho público que responda a las circunstancias y las expectativas normativas del siglo XXI, resulta imprescindible reconfigurar esta relación y abordar estas construcciones doctrinales desde una perspectiva crítica. Al fin y al cabo, los conceptos son el instrumento cognitivo más importante de la ciencia jurídica; cuando son inadecuados, la disciplina no puede aportar conocimientos útiles. El principal objetivo de esta contribución es demostrar que los conceptos monismo y dualismo ya no son útiles como conceptos básicos y ofrecer conceptos teóricos y doctrinales alternativos.

Este artículo parte desde una crítica del monismo porque analiza si el concepto y metáfora de la «pirámide jurídica» como representación estructural de las relaciones entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos jurídicos internos debe ser deconstruida en razón del desarrollo arriba mencionado. En un nivel teórico se sostiene que la pirámide es un concepto vinculado al monismo kelseniano que ha perdido su utilidad, sea en la versión de la primacía absoluta del derecho internacional sea en la versión de la primacía absoluta del derecho constitucional. Debería sustituirse por una teoría del pluralismo jurídico. En un plano doctrinal se afirma que la doctrina del efecto directo de las normas internacionales debería ser reconstruida y concebida como el resultante de un balance entre diversos principios constitucionales. Una tercera tesis hace referencia a los juicios de valor implícitos en la cuestión, y sostiene que, al menos en los sistemas democráticos, la respuesta habría de buscarse en el seno de los propios procesos constitucionales internos, de conformidad con la experiencia, las expectativas y las convicciones de las diversas comunidades constitucionales. Dado el estado del derecho internacional, es preferible tener la facultad de limitar dentro del ordenamiento jurídico interno el efecto de aquellas normas y actos jurídicos internacionales que colisionen notoria y gravemente con principios constitucionales.

I. LA CUESTIÓN Y TRES TESIS

Este trabajo desarrolla tres tesis distintas. La primera tesis es de naturaleza conceptual, e incluso teórica: la “pirámide” es un concepto relacionado con el monismo kelseniano que conlleva en sus dos versiones una concepción trasnochada de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. El monismo es fundamentalmente una noción moribunda que debería descansar en paz; en este sentido doy una respuesta afirmativa: la pirámide debería ser

deconstruida. Al mismo tiempo, el dualismo también debería ser superado y sustituido por una teoría del pluralismo jurídico. Ésta da un aparato conceptual más adecuado tanto en el plano analítico como en el plano normativo para concebir la diversidad dentro del ámbito jurídico en general, y los vínculos entre las Constituciones nacionales y los fenómenos jurídicos internacionales, en particular. En lugar de una «pirámide», un concepto teórico general más adecuado podría ser el de «acoplamiento».

La segunda tesis desarrolla la primera en términos doctrinales. El acoplamiento puede llevarse a cabo a través de las instituciones políticas y judiciales. Respecto a estas últimas, existen dos doctrinas principales para lograr el acoplamiento: la doctrina del efecto directo, o del carácter auto-ejecutivo (*self-executing*) del derecho internacional, y la doctrina de la interpretación conforme (la llamada doctrina “Charming Betsy”)^[1]. A mi juicio, ambas son a menudo erróneamente consideradas doctrinas técnicas, en lugar de doctrinas constitucionales. Mi tesis es que una y otra deben ser reconstruidas y concebidas como el resultante de un balance entre principios constitucionales tales como la cooperación y la integración internacional por una parte, el gobierno democrático o la subsidiariedad por la otra. Para responder a la cuestión planteada, entonces, afirmaríala lo siguiente: la deconstrucción de la pirámide debería acompañarse de una nueva construcción de estas dos doctrinas a la luz de su función constitucional. Esta respuesta se ilustrará mediante el debate sobre el efecto directo y el supuesto carácter constitucional del derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a la luz del derecho constitucional de la Unión Europea (UE).

La tercera tesis conlleva un juicio de valor sobre los distintos ordenamientos normativos. Frente a la pregunta de cómo relacionar el derecho internacional y el derecho constitucional interno, mi tesis es que la respuesta debe buscarse dentro del proceso constitucional interno, de acuerdo con la experiencia, las expectativas y las convicciones de las diversas y heterogéneas comunidades constitucionales. Sostengo que, teniendo en cuenta el actual grado de desarrollo del derecho internacional, debe existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de establecer dentro del orden jurídico interno límites legales a los efectos de una norma o de un acto de derecho internacional que colisione de manera grave con principios constitucionales. Este enfoque es también útil para el desarrollo del derecho internacional, ya que lo exonera del estricto

[1] En *Murray v. The Schooner Charming Betsy* 6 u.s. (2 Cranch) 64 (1804), la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el alcance de los actos del Congreso no debe establecerse en contravención del derecho internacional cuando existen otras posibles alternativas. En otras palabras, la ley estadounidense no debe ser interpretada de manera que colisione con el derecho internacional cuando es posible evitar el conflicto normativo. Véase Restatement (Third) of Foreign Relations Law 114 (1987).

cumplimiento de una serie de requisitos que no siempre está en condiciones de cumplir. Examinando la cuestión de la deconstrucción de la pirámide desde esta perspectiva, mi respuesta sería que la Constitución del Estado mantiene un papel, no absoluto como en el modelo monista estatal, pero sí fundamental. Ésta es también la razón por la que la decisión del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en el asunto *Yusuf no* fue convincente^[2].

El presente trabajo desarrollará estas tesis detalladamente. En aras de la claridad, debe tenerse en cuenta que este texto concibe el régimen de la Unión Europea como un ordenamiento jurídico doméstico o interno. Existen muchas razones para ello, dado que la UE se sustenta en principios “constitucionales”^[3] y que su sistema político es esencialmente unitario, estructurado en torno a su territorio y a sus ciudadanos, y con poderes legislativos, ejecutivos y judiciales. Todo ello —en suma, una unidad federal—, no puede encontrarse fuera de la Unión^[4].

II. SUSTITUIR MONISMO Y DUALISMO POR UN PLURALISMO JURÍDICO

La relación entre las normas del derecho internacional y las de los ordenamientos jurídicos internos aún es entendida en función de conceptos desarrollados hace cien años: el monismo y el dualismo^[5]. Estos conceptos representan, quizás, uno de los logros más destacados de una época en la que la doctrina jurídica dedicó grandes esfuerzos a la consecución de una ciencia autónoma, a tono con el desarrollo general de las ciencias del siglo XIX. Estos conceptos

[2] Sentencia del TPI de 21 de septiembre de 2005, *Yusuf v. Consejo* (T-306/01, Rec. 2005, II-3533). En esta Sentencia el Tribunal de Primera Instancia rechazó establecer límites al régimen de sanciones decidido por el Consejo de Seguridad, que pretendía prevalecer sobre la normativa de la Comunidad Europea, a pesar de los muchos conflictos que generaba con los derechos fundamentales.

[3] Art. 2 del Tratado de la Unión Europea (DOUE 2010/C83/01, 30 de marzo de 2010).

[4] Véase Joseph H. H. Weiler, *The Reformation of European Constitutionalism*, en: idem, *The Constitution of Europe*, 1999, pp. 221, 295-298; Stefan Oeter, *Federalism and Democracy*, en: Armin von Bogdandy y Jürgen Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2ª ed., 2010, pp. 55-82; Christoph Möllers, *Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionnalisation*, ibidem, pp. 169 y ss.

[5] Para conocer las contribuciones iniciales al dualismo véase Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 12-22; idem, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil des Cours, vol 1, 1923, p. 77; Dionisio Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, 1928, pp. 50-51; Lassa Oppenheim, *International Law – A Treatise*, 1937, p. 20. Para conocer las exposiciones más relevantes sobre el monismo, véase, por ejemplo, William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, p. 67; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*,

revelan la grandeza y los defectos de ese paradigma clásico, usual pero erradamente denominado “positivismo jurídico”; un término más adecuado sería el de “constructivismo jurídico”. Como ocurre a menudo con las elaboraciones jurídicas, el contexto de sus orígenes ha sido en gran medida olvidado. Y si se compara la situación actual con la de cien años atrás, se observa que casi todos sus elementos constitutivos han cambiado: la evolución del Estado-nación en el marco del proceso de globalización, el desarrollo espectacular del derecho internacional, y sobre todo, la introducción de disposiciones constitucionales específicas relativas al papel del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales^[6]. Como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por “ilógicos”, y sus planteamientos no se vinculan al debate teórico contemporáneo. En tanto que doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ya que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos: las varias elaboraciones actuales no se diferencian en casi nada en cuanto a la respuesta jurídica que aportan respecto a cómo resolver un conflicto concreto^[7].

Por todo ello, al discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional^[8], pero desde una perspectiva científica son unos zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o «deconstruirse». La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual.

No obstante, una vez superada esta dicotomía, es el dualismo el que marca el camino a seguir. Una explicación teórica convincente sobre cómo recons-

1934, pp. 129-154; idem, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, pp. 30-51; Georges Scelle, *Précis de Droit des Gens*, 1932, pp. 31-32; Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, pp. 34-42. Para una visión general, véase Christine Amrhein-Hofmann, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, 2003.

[6] Véase Anne Peters, *The Globalization of State Constitutions*, en: Andre Nollkaemper y Janne E. Nijman (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, pp. 260-266, 293-305, para una visión panorámica de las reacciones de las Constituciones nacionales frente al derecho internacional y sus técnicas; Tom Ginsburg, *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment, and International Law*, N.Y.U.J. INT'L L. & POL., vol. 38, 2006, p. 707.

[7] Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, p. 9, 363.

[8] Véase Erika de Wet, *The Reception Process in Belgium and the Netherlands*, en Helen Keller y Alec Stone-Sweet (eds.), *The Reception of the ECHR in Europe*, 2008, pp. 11, 25.

truir la pirámide provendrá probablemente de una teoría del pluralismo jurídico,^[9] pues tiene mayores posibilidades de suministrar conceptos que ayuden a comprender cómo los juristas, los políticos y los ciudadanos se desenvuelven y actúan en este ámbito. Por lo que respecta a los juristas, cuando analizan la validez, la legalidad, la interpretación o la legitimidad de una norma jurídica, su primer paso suele consistir en catalogarla como internacional, como perteneciente al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, o como norma interna de un Estado. El principal razonamiento jurídico descansa pues en la asunción pluralista de diversos ordenamientos, incluso en los llamados países monistas, como Francia (o en los Estados Unidos), e incluso en los Países Bajos, los más monista de todos.^[10] Además, la noción de un orden piramidal de las normas no es compatible con la experiencia de su diversidad. Ni siquiera la noción contemporánea de un derecho global, que podría evocar el monismo, pone en entredicho esta idea de pluralismo.^[11]

El concepto de pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva además importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un “pluriverso” normativo,^[12] como pone especialmente de manifiesto el caso europeo. En este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de “acoplamiento entre ordenamientos jurídicos”.^[13] Pero, ¿cómo se puede concebir este “acoplamiento”? Esta pregunta nos conduce a la segunda tesis, que desarrolla el tema en términos doctrinales.

[9] Cfr. William Burke-White, *International Legal Pluralism*, MICH. J. INT'L., vol. 25, 2004, p. 963; Franz von Benda-Beckmann, *Who's Afraid of Legal Pluralism*, J. Legal Pluralism & Unofficial L., vol. 47, 2002, p. 37; Keebet von Benda-Beckmann, *Globalisation and Legal Pluralism*, INT'L L. F., vol. 4, 2002, p. 19; Theo Öhlinger, *Unity of The Legal System or Legal Pluralism: the Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe*, en: Antero Jyränki (ed.), *National Constitutions in the Era of Integration*, 1999, pp. 163-174; Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism*, S. CAL. L. REV., vol. 80, 2007, p. 1155; Andreas Fischer-Lescano y Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen*, 2006, pp. 163-169.

[10] de Wet, nota 9, p. 18.

[11] Para una discusión sobre un derecho global administrativo, véase Sabino Cassese, *Global Administrative Law. An Introduction*, 2005, disponible en: http://www.iilj.org/global_adlaw/documents/Cassesepaper.pdf; Benedict Kingsbury et al., *The emergency of Global Administrative Law*, Law & Contemp. Probs., vol. 68, 2005, p.15, disponible en: <http://www.iilj.org/papers/2004/2004.1.htm>.

[12] Pero no en un sentido Schmittiano. Compárese en Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 1963, p. 54; cfr. Jürgen Bast, *Totalitärer Pluralismus*, 1999, pp. 88-91.

[13] Ralf Poscher, *Internationales Verwaltungsrecht*, Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, vol. 67, 2008, pp. 160 ss.

III. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL EFECTO DIRECTO EN LA CONFIGURACIÓN PLURALISTA

La segunda tesis es la siguiente: la nueva construcción de la relación entre normas de derecho internacional y normas de un ordenamiento interno debe ir acompañada de una nueva construcción de las doctrinas del efecto directo y de la interpretación conforme, a la luz de sus roles constitucionales. La idea del dualismo partió de la premisa de que en principio las normas internacionales y las normas nacionales regulan materias distintas.^[14] Sin embargo, hoy en día muchas normas internacionales regulan cuestiones internas, que a menudo también son objeto de regulación por normas nacionales.^[15] Excepto en situaciones de administración internacional (Kosovo, Bosnia), un efecto de este tipo requiere una “mediación” por parte de las instituciones internas. La mediación o “acoplamiento” pueden llevarlo a cabo tanto las instituciones políticas como las instituciones administrativas y judiciales. En este último caso, el efecto interno de las normas internacionales suele derivarse de la doctrina del efecto directo y de la doctrina de la interpretación conforme. De ahí que parezca lógico afirmar que la deconstrucción de la pirámide a través del concepto de “acoplamiento” debe conducir a la exploración y a la construcción más elaborada de estas dos doctrinas. No en vano, si el acoplamiento entre las normas del derecho internacional y las normas del derecho interno que pueden efectuar las instituciones administrativas y judiciales se sustenta en gran medida en estas dos doctrinas, de ellas depende la intensidad de tal acoplamiento.^[16]

Aunque significativo, el “acervo doctrinal” existente no parece ser plenamente satisfactorio; a menudo, ni siquiera queda claro si se trata de doctrinas provenientes del derecho internacional o del derecho interno.^[17] Desde mi perspectiva, se sustentan en el derecho constitucional interno, afirmación que puede defenderse doctrinalmente, comparativamente, y a la luz de criterios de legitimidad.

[14] Triepel, nota 6, pp. 11-15; Cfr. Ulrich Gassner, Heinrich Triepel. Leben und Werk, 1999, pp. 446-451. El monismo de Kelsen nace de la debilidad de esta premisa.

[15] Tomuschat, nota 8, p. 63 (el derecho internacional como un “modelo de vida social”).

[16] Véase Robert Glassman, *Persistence and Loose Coupling in Living Systems*, Behav. Science, vol. 18, 1973, p. 83 (el origen del concepto).

[17] Véase Waldemar Hummer, Reichweite und Grenzen unmittelbarer Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen en Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten, 1987, pp. 43-83, 67; Arnold Koller, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, 1971, pp. 121, 146; Manfred Zuleeg, *Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der europäischen Sozialcharta*, Zeitschrift

Las normas y decisiones internacionales a las que se atribuye claramente efecto directo son en realidad muy escasas.^[18] Una gran excepción la constituye el derecho de la Unión Europea: ya desde la sentencia en el asunto *Van Gend & Loos*, el ordenamiento jurídico europeo – a través del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE en la actualidad) – se considera facultado para determinar la posición del derecho europeo en los ordenamientos internos, pretensión que los sistemas jurídicos nacionales han aceptado, aunque no totalmente.^[19] Otra excepción muy importante es, a este respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que atribuye efecto directo a sus pronunciamientos; si tiene éxito, pasará de ser una institución internacional a una institución supranacional.^[20] Estas dos excepciones confirman la regla general según la cual corresponde al orden jurídico interno decidir sobre el rango y los efectos de la norma internacional dentro del territorio del Estado.

für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 1975, pp. 341, 350. Para la última idea véase, por ejemplo, Albert Bleckmann, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, 1970, pp. 125-130; Yuji Iwasawa, *The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States*, 1999, p. 77. Algunos autores distinguen entre el efecto directo como una doctrina de derecho internacional, y la doctrina a la auto-ejecutabilidad como doctrina del derecho nacional; véase, por ejemplo, Thomas Buergenthal, *Self-executing and Non-self-executing Treaties in National and International Law*, *Recueil des Cours*, vol. 235, 1992, pp. 303, 322.

- [18] El caso paradigmático es Jurisdicción de los Tribunales de Danzig, Dictamen, P.C.L.J. (ser B) núm. 15 (3 de marzo de 1928). Para decisiones más recientes, véase el caso *LaGrand* (Ger. vs. U.S.), I.C.J. 466 (27 de junio de 2001); Acusador contra *Tadic*, caso núm. IT-94-1, Opinión y Decision, (7 de mayo de 1997); Cfr. Joseph H. H. Weiler y Ulrich Haltern, *The Autonomy of the Community Legal Order - Through the Looking Glass*, *HARV. INT'L J.*, 73 (2), 1996, p. 411.
- [19] Para más detalles, véase Peter M. Huber, *Offene Staatlichkeit: Vergleich*, en: Armin von Bogdandy *et al.* (eds.), *Ius Publicum Europaeum*, 2008, tomo 2, § 26.
- [20] Sentencia de la Corte IDH de 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano vs. Chile*, Serie C núm. 154, párrafo 124: «La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, Serie C núm. 158, párrafo 128: «Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado

Consideraciones de legitimidad respaldan además la idea de que el derecho constitucional interno es el que normalmente ha de determinar el alcance del efecto directo y de la interpretación conforme. La posición que adopte un ordenamiento jurídico interno frente a la globalización incide necesariamente en cuestiones fundamentales como la democracia, la auto-determinación y la auto-percepción de la ciudadanía. Por esa razón, dicha posición debería proceder de normas que gocen de la mayor legitimidad y que, al menos en las democracias liberales, son normas constitucionales. Esta es, al menos con respecto a las democracias liberales, la solución más coherente con el constitucionalismo como teoría normativa.^[21]

por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

En la Sentencia de la Corte IDH de 23 de Noviembre de 2009, *Radilla Pacheco vs. México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C núm. 209, párrafo 339, la Corte hace mención del control de convencionalidad y agrega en la nota a pie de página 321: “El Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno de México. *Cfr.* la Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito de 2 de julio de 2009, Amparo Directo Administrativo 1060/2008 en la que se estableció que: “los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [...]”.

En palabras de Néstor Sagüés, el “control de convencionalidad” sentado por la Corte IDH cumple un doble papel, pues invalida la aplicación de las normas nacionales (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la propia Corte IDH a la vez que obliga a interpretar todo el derecho nacional conforme al Pacto y a la jurisprudencia, excluyendo las interpretaciones que se opongan a éstos (Conferencia dictada en el Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Derecho Público Comparado en el Seminario “La Justicia Constitucional: Prolegómeno de un *Ius Constitutionale Commune in America Latina*”, 18 y 19 de noviembre de 2009). En relación con las medidas provisionales, se puede mencionar la Resolución de la Corte IDH de 4 de mayo de 2004 respecto de Venezuela (Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcategui; Martha Colomina y Liliana Velasquez): “La Corte, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, así como de sus resoluciones y fallos. El cumplimiento de estos últimos no puede quedar al mero arbitrio de las partes”.

[21] Norman Dorsen *et al.*, *Comparative Constitutionalism*, 2003, p. 10.

Por eso, la decisión de un tribunal supranacional a favor del efecto directo está más fácilmente legitimada si está respaldada por normas constitucionales. Tal es el caso latinoamericano. A luz de de la jurisprudencia de la Corte IDH, parece importante señalar que muchas Constituciones (por ejemplo, la de Venezuela, en su art. 23; la de Ecuador, en el art. 424, o la de Bolivia, en su art. 256 atribuyen rango constitucional a los tratados de derechos humanos, otras Constituciones al menos a algunos de ellos, como el art. 75 inc. 22 de la Constitución de Argentina otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22 más los que “adquieran la jerarquía constitucional” a través del procedimiento del art. 75 inc. 22). La respectiva labor de la Corte IDH y las respuestas de los sistemas nacionales, en particular de las Cortes Supremas, representan un tema de enorme trascendencia teórica, doctrinal y – sobre todo – práctica, porque puede llevar al Continente a una suerte de Constitución común.

Pero volvamos al tema general. Una reconceptualización de las dos doctrinas mencionadas –efecto directo e interpretación conforme– puede lograr algo más que la mera admisión de que su fundamento se encuentra en el derecho constitucional interno. Hasta el momento, ambas doctrinas suelen concebirse como asuntos técnicos o metodológicos, pero esta concepción no es plenamente convincente. Con respecto a la interpretación conforme, comparo el enfoque del Tribunal Constitucional Federal Alemán en su ampliamente criticada sentencia *Görgülü*: la interpretación conforme debe basarse en el contexto interpretativo general de la Constitución interna.^[22] Aún más importante es la doctrina del efecto directo. Muchos autores sostienen que el efecto directo depende en gran medida de la precisión o determinación de las disposiciones del derecho internacional en cuestión. Este punto de vista tampoco resulta convincente. En primer lugar, porque la «determinación» constituye un criterio indeterminado. Pero, sobre todo, porque este enfoque no hace justicia ni al papel «acoplador» ni a la función constitucional de la doctrina del efecto directo. Esta dimensión del problema pone de relieve que la doctrina del efecto directo afecta a varias cuestiones constitucionales, tales como la separación de poderes entre las instituciones nacionales, el papel de las instituciones políticas, y su relación con los órganos administrativos y el

[22] Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) de 14 de octubre de 2004, *Görgülü* (2 BvR 1481/04; BVerfGE 111, 307-332; la traducción al inglés se encuentra en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104en.html). El Tribunal sostuvo que la cuestión no consiste en no tener en cuenta el derecho internacional, sino en que su aplicación mecánica sin considerar las normas de mayor jerarquía, puede vulnerar los derechos fundamentales. En todo caso, el contexto interpretativo de la Constitución Nacional tiene que ser considerado.

poder judicial, así como la situación de sus ciudadanos en un contexto social y político globalizado.

Ambas doctrinas deben sustentarse en un equilibrio entre diversos principios constitucionales como son la cooperación internacional, por una parte, y el gobierno democrático, la subsidiariedad y la protección de los derechos fundamentales, por el otro. Teniendo en cuenta que su fundamento se encuentra en el derecho constitucional interno, es probable que las doctrinas asuman diferentes matices de significado en los distintos ordenamientos constitucionales, desde el momento en que se basan en historias constitucionales muy distintas. Ello se pone de manifiesto, por ejemplo, al comparar la experiencia de los Estados Unidos de América (con una continuidad democrática de doscientos años) y la de Perú (con la convocatoria de un Congreso Constituyente que sancionaría la Constitución de 1993, aún vigente, luego del golpe que asestó Fujimori al Congreso de la República y a la Constitución de 1979).^[23]

Este enfoque no pretende obstaculizar el desarrollo del derecho internacional, sino todo lo contrario. Sirve más bien para hacer visible su evolución, teniendo en cuenta su dinámica, que no siempre está a la altura de las exigencias del constitucionalismo. El efecto directo de las normas internacionales, por lo tanto, añade una presión enorme al desarrollo del derecho internacional. Por razones similares, es importante que las consecuencias de un incumplimiento sean limitadas y restringidas, todo lo cual se explica^[24] mejor con un ejemplo.

IV. EFECTO DIRECTO COMO UNA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL: LA OMC COMO EJEMPLO

Este argumento bastante abstracto se ilustrará con el que quizás es el tema más debatido en Europa en relación con el efecto directo: la Organización Mundial del Comercio (OMC).^[25] La cuestión del efecto directo del régimen de

[23] Véase Jesús María Casal, *El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina*, Rechtsgeschichte, 2010, p. 16.

[24] Así se ha resaltado en *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, reimpresso en James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 2002.

[25] Véase Alicia Cebada Romero, *La Organización Mundial de Comercio y la Unión Europea*, 2002; Antonis Antoniadis, *The European Union and WTO Law*, *World Trade Rev.*, vol. 6, 2007, p. 45; Robert Uerpman-Witzack, *The Constitutional Role of Multilateral Treaty Systems*, en Armin von Bogdandy y Jürgen Bast, nota 5, pp. 145-181; Deborah Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, 2005; Francys Snyder, *The Gatekee-*

la OMC es esencial, porque del Artículo 216.2 TFUE se infiere la primacía de las normas convencionales internacionales sobre el derecho derivado de la Unión;^[26] de ahí que si se le atribuyera efecto directo, la normativa de la OMC tendría una función constitucional para el poder legislativo de la UE. No obstante, el Tribunal de Justicia Europeo (TJUE) niega su efecto directo cuando impele a los poderes legislativos de la UE a cumplir el derecho de la OMC.^[27]

Esta decisión ha sido ampliamente criticada por considerarse “política”; el argumento central de la crítica se refiere al alto grado de determinación que presentan muchas disposiciones convencionales del régimen de la OMC, más aún cuando se concretan a través de los procedimientos de solución de controversias.^[28] Nosotros sostenemos, sin embargo, que el posible efecto directo de una norma internacional no depende de la determinación o precisión de ésta, sino que ha de decidirse en función de principios constitucionales tales como el gobierno democrático, la seguridad y la igualdad jurídicas, así como a partir de las normas sobre cooperación internacional consagradas en el derecho primario (esto es, constitucional) de la Unión Europea.^[29]

Este argumento puede fundamentarse en la indiscutible importancia que el principio constitucional de la cooperación internacional tiene para la UE, que otorga mayor relevancia a las disposiciones internacionales que la mayoría de los ordenamientos constitucionales internos.^[30] La negación del efecto directo del derecho de la OMC constituye más bien una excepción en la aproximación de la UE al derecho internacional. Por ello el caso es tan revelador.

Una de las consecuencias del efecto directo es la presión para armonizar los distintos esquemas normativos internos, pues con el efecto directo de las

pers: The European Courts and WTO Law, Common Mkt. Rev., vol. 40, 2003, p. 313; Stefan Griller, *Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union*, J. INT'L Econ. L., vol 3, 2000, p. 441.

[26] Ex art. 300, para. 5 TCE.

[27] Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 1999, *Portugal ./ Consejo* (C-149/96, Rec. 1999, I-8395); Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2005, *León Van Parys NV v. Belgische Interventie- en Restitutiebureau* (C-377/02, Rec. 2005, I-1465). No se le concede efecto directo a las decisiones del OSD, Piet Pieckhout, *Judicial Enforcernent of WTO Law in the European Union*, J. INT'L ECON. L., vol. 5, 2002, p. 91.

[28] Véase Griller, nota 26, pp. 451, 461. Véase también Judson Berkey, *The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT. A Question Worth Revisiting*, E.J.I.L., vol. 9, 1998, p. 626 (para más críticas relativas a la negación del efecto directo del régimen GATT).

[29] Cfr. Armin von Bogdandy, *Founding Principles*, en idem y Jürgen Bast, nota 5, pp. 11-54.

[30] Sentencia del TJUE de 16 de junio de 1998, *A. Racke GmbH & Co ./ Hauptzollamt Mainz* (162/96, , Rec. 1998, I-3655), la CE debe respetar el derecho internacional en el ejercicio de sus poderes); Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2006, *Parlamento ./ Consejo* (C-540/03, Rec. 2006, I-5769), la legalidad de la Directiva revisada por referencia al CEDH, dos convenciones internacionales y la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea.

normas internacionales será mucho más difícil mantener leyes nacionales divergentes. El principio de auto-determinación, a menudo caracterizado como principio de subsidiaridad, se ve afectado de modo similar. Esta presión se debe a la necesidad de evitar la discriminación a la inversa. El concepto de discriminación a la inversa significa que, en virtud del efecto directo, el agente económico extranjero goza de un trato más favorable que el nacional.^[31] Dado que esta situación es poco admisible políticamente, el efecto directo desarrolla una dinámica de armonización.

En el seno de la UE, una tendencia general hacia la armonización está justificada, ya que la integración económica es un objetivo constitucional (art. 3.3 TUE). Por el contrario, el régimen de la OMC no tiene como objetivo la integración económica o la armonización. Además, el efecto directo puede requerir legislación secundaria, esto es, legislación adoptada por la institución inter o supranacional. En gran medida, la integración europea ha validado la hipótesis funcionalista según la cual la denominada integración negativa en virtud del efecto directo de las libertades del mercado (libertad de comercio, art. 34 TFUE, etc.) dará lugar a procesos políticos transnacionales.^[32] El efecto directo de la normativa de la OMC, en consecuencia, aumentaría dramáticamente la necesidad de una legislación transnacional, ya sea en forma de tratados internacionales o mediante otros instrumentos. Tal desarrollo podría ser crítico en dos sentidos: primero, porque es poco probable que un mecanismo eficiente y legítimo de producción normativa pueda ser creado a nivel global;^[33] y en segundo lugar, porque cualquier mecanismo de producción normativa global de este tipo supondría un riesgo para el autogobierno democrático y la subsidiariedad aún mayor que el que conlleva la producción normativa de la Unión Europea. Por lo tanto, estos principios constitucionales se oponen al efecto directo del derecho de la OMC.

Un principio constitucional aún más relevante es el de la seguridad jurídica. La OMC carece de las instituciones necesarias para legislar en situaciones de indeterminación normativa. A primera vista, ello parece aceptable en el caso de que el régimen normativo de la OMC tenga efecto directo, pues su impacto tendería a ser la desregulación. Sin embargo, sería ingenuo suponer que los intereses de los agentes económicos se satisfacen siempre a través de la desregulación. Por el contrario, muchas industrias dependen de la seguridad jurídica y de

[31] La idea de la desregulación en la UE ha sido limitada porque las instituciones comunitarias podrían regular la materia en el nivel supranacional. Esta posibilidad no existe en la OMC.

[32] Fritz Scharpf, *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?* 1999, pp. 50, 96.

[33] Para un análisis detallado, véase Armin von Bogdandy, *Law and Politics in the WTO. Strategies to Cope with a Deficient Relationship*, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, p. 609.

marcos normativos específicos, y las prácticas de comercialización y distribución dependen de marcos jurídicos concretos.^[34] En el caso de aceptar el efecto directo de la normativa de la OMC, puede ocurrir que el productor nacional no sepa en qué medida el régimen que debe seguir se aplica igualmente a los competidores extranjeros en el mercado interno. Esta incertidumbre en relación con las bases legales de la competencia dentro del mercado nacional es cuestionable a la luz del principio de seguridad jurídica.

Otro principio importante es el de la igualdad ante la ley. El debate sobre el efecto directo de la normativa de la UE pone de relieve que cualquier disposición europea puede ser aplicada de modo diferente por los distintos tribunales nacionales de los 27 países miembros de la UE, lo que puede lesionar seriamente el principio de igualdad ante la ley. Con el fin de responder a esta objeción, la Unión tiene una serie de mecanismos específicos para garantizar una aplicación suficientemente homogénea, entre los que se encuentra especialmente la cuestión prejudicial de interpretación consagrada en el art. 267 del TFUE.^[35] El TJUE es responsable de la igualdad jurídica de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, y en este principio se basa gran parte de su impactante jurisprudencia. Sin embargo, no existen mecanismos de este tipo para garantizar a los competidores de distintas jurisdicciones la igualdad ante la ley cuando se aplica la normativa de la OMC. En primer lugar, no hay ninguna obligación de aplicar directamente la normativa de la OMC. Además, no existe un vínculo institucional entre el juez nacional y los órganos de solución de controversias de la OMC. En caso de aplicación directa, en la OMC no existen mecanismos que garanticen la igualdad ante la ley entre los agentes económicos que actúan en diferentes ordenamientos jurídicos internos. La igualdad ante la ley se encontraría por tanto seriamente amenazada. El TJUE subraya también la posibilidad de un “desequilibrio en la aplicación de las normas de la OMC”^[36] como una razón para excluir su aplicación directa.

Sin embargo, surge la siguiente pregunta: ¿es la igualdad ante la ley, en su versión de aplicación uniforme del derecho de la OMC, verdaderamente necesaria para que una norma tenga efecto directo? Se podría argumentar que este principio

[34] Charles Goodhart, *Economics and the Law: Too Much One-Way Traffic?*, MOD. L. REV., vol. 60, 1997, pp. 1, 4 (con amplias referencias a Ronald Coase y Mancur Olson).

[35] En virtud del artículo 267 TFUE, el TJUE tiene competencia para interpretar el derecho de la Unión, con carácter prejudicial, cuando se plantee una cuestión de este tipo ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembro. Una vez que el TJUE haya decidido la cuestión, le será devuelta al juez nacional. Este mecanismo cooperativo busca una interpretación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembro. Véase la Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 1981, *Pasquale Foglia ./. Mariela Novello (No 2)* (244/80, Rec. 1981, 03045), para. 17.

[36] Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 1999, *Portugal ./. Consejo*, nota 28, para. 45.

no impide la aplicación directa de importantes instrumentos jurídicos internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos^[37] y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.^[38] El argumento de la falta de igualdad ante la ley, por lo tanto, perdería relevancia si se considerase que la normativa de la OMC, o al menos algunas de sus disposiciones, garantizan derechos humanos, afirmación que se ha mantenido insistentemente.^[39] Sin embargo, los tratados de la OMC no califican los deberes de sus miembros como derechos humanos de los individuos. Tanto el significado ordinario, como el análisis sistemático y las prácticas institucionales se oponen a tal concepción del derecho de la OMC. Un examen comparativo de la normativa de la Unión Europea también dificulta la calificación del régimen de la OMC como de derechos humanos. Si las disposiciones de la OMC concedieran derechos, estos se corresponderían con las libertades comunitarias básicas. Sin embargo, el reconocimiento de la libre circulación de bienes y servicios en la UE no equivale al reconocimiento de derechos *humanos*, sino únicamente de derechos *individuales*.^[40] Esta distinción se confirma en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,^[41] concretamente, en el párrafo 3 del Preámbulo se distingue claramente entre los valores comunes y los derechos humanos, por una parte, y las libertades comunitarias, por el otro.

Esta distinción no es sólo semántica y simbólica, sino también sustantiva. Usualmente se pasa por alto la diferencia fundamental entre la jurisprudencia del TJUE sobre derechos humanos y la relativa a la libre circulación de bienes y servicios (no la relativa a la libre circulación de personas): el Tribunal aplica las libertades básicas únicamente si no existe legislación secundaria.^[42] Esto significa que a través de las instituciones de la Unión se puede regular la materia

[37] Véase The Reception of the ECHR in the Europe, nota 9, sobre las diferentes maneras en que la CEDH es aplicada en los ordenamientos jurídicos internos.

[38] Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2006, *Parlamento ./. Consejo*, nota 31..

[39] Véase Ernst-Ulrich Petersmann, *From "Negative" to "Positive" Integration in the WTO: Time for "Mainstreaming Human Rights" into WTO Law?*, Common Mkt. Rev., vol. 37, 2000, pp. 1361, 1375.

[40] Véase la Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur (C-46/93 y C-48/93, Rec. 1996, I-1029)*, para. 54.

[41] Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2000 (D. O., 2000/C 364/01).

[42] La Sentencia del TJUE de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG ./. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("Cassis de Dijon")* (120/78, Rec. 1979, 649), en para. 8; Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 1995, *Comisión ./. Alemania ("Sauce Hollandaise")* (C-51/94, Rec. 1995, I-3599), en para. 29; La Sentencia del TJUE de 6 de julio de 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV ./. Mars GmbH ("Mars")* (C-470/93, Rec. 1995, I-1923), en para. 12; la Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2000, *Comisión ./. Bélgica (C-217/99, Rec. 2000, I-10251)*, para. 16. Esto también explica por qué el derecho originario es interpretado a la luz del derecho derivado, lo cual puede parecer a primera vista

de modo distinto al decidido por el Tribunal. Ninguna decisión del Tribunal que establezca que un obstáculo estatal es ilegal por violar una libertad básica está escrita en piedra, ya que puede ser revocada posteriormente mediante un reglamento o una directiva. La función principal de las libertades básicas es crear un mercado común, no limitar el proceso político supranacional. Por lo tanto –esta es una distinción crucial para cualquier decisión sobre derechos humanos, ya provenga del TJUE, del TEDH o de un juez constitucional nacional– una decisión basada en las libertades del comercio no sitúa la cuestión al margen del proceso político ordinario. De ahí que no pueda considerarse que las libertades comerciales pertenezcan al ámbito de los derechos humanos, pues no cumplen la función contra-mayoritaria, que constituye la característica fundamental de los derechos humanos.^[43] Sería incoherente que las instituciones europeas concedieran estatus de derechos humanos a ciertas disposiciones internacionales si disposiciones equivalentes de la “Constitución” de la UE no gozan de tal condición. Por tanto, la cuestión de la igualdad jurídica sigue siendo crucial.

Aun cuando no se admita que el derecho de la OMC garantiza los derechos humanos, aún podría ser directamente aplicable si se considerara que confiere derechos *individuales* (de tipo económico), que de manera similar a las libertades comunitarias (p.e. art. 34 TFUE), limitan la actividad de los sistemas políticos y administrativos nacionales, so pena de infringir los compromisos internacionales. Una medida de este tipo modifica sustancialmente los ámbitos jurídico y político. Excepto en el caso especial del derecho constitucional, los jueces operan a partir de la premisa constitucional de que la normativa aplicable puede ser modificada en cualquier momento por los órganos legislativos con legitimidad democrática. Por consiguiente, el efecto directo de la normativa de la OMC es un caso que requiere de una justificación especial.

Al plantearse si las disposiciones de la OMC confieren derechos económicos individuales, el ordenamiento jurídico europeo habrá de examinar los argumentos que justifican el efecto directo de las disposiciones comunitarias. En la sentencia *Van Gend & Loos*, el objetivo de *establecer un mercado común* es el que abre la puerta a todos los argumentos a favor de la aplicabilidad directa.^[44] También en *Kupferberg*,^[45] el razonamiento del TJUE se basa en la idea de un “sistema de libre comercio”, y por consiguiente, en el objetivo normativo del *mercado*.

desconcertante o al menos sorprendente como método de interpretación. Cfr. la Sentencia de 22 de junio de 1994, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH y Uwe Danzinger ./ Ideal-Standard GmbH y Wabco Standard GmbH* (“*Ideal Standard*”) (Caso C-9/93, Rec. 1994, I-2789), paras. 56-60. La situación en los Estados Unidos es similar con la “cláusula de comercio durmiente”; véase Alexander Graser, *Do Hard Cases Make Bad Law?*, *ZaöRV*, vol. 60 (2), 2000, pp. 366, 382.

[43] Günther Frankenberg, *Die Verfassung der Republik*, 1997, p. 127.

Estas libertades económicas transnacionales están estrechamente vinculadas a la idea de la creación de un mercado. No obstante, dicho mercado no es sólo un hecho o evento socioeconómico espontáneo, sino también una actividad que se lleva a cabo dentro de un marco jurídico,^[46] sin el cual, en realidad, no existirá jurídicamente un mercado. En consecuencia, el efecto directo del derecho de la OMC podría admitirse si existiera el objetivo de crear un mercado mundial cuya consecución se lograría a través de la normativa de la OMC. Sin embargo, ésta no prevé entre sus objetivos el establecimiento de un mercado global. Desde la perspectiva del derecho público, no existe un mercado mundial sino únicamente varios mercados nacionales, y la normativa de la OMC debe concebirse en realidad como un instrumento para la coordinación de la interdependencia entre ellos. En la medida en que la creación de un mercado mundial no es un objetivo normativo de la OMC, no hay razones para concluir que sus disposiciones tienen tal función. Por lo tanto, el argumento que sirve de fundamento al efecto directo de las disposiciones sobre mercado interior contenidas tanto en los tratados constitutivos de la UE como en muchos acuerdos concluidos por la UE, no justifica una medida análoga en relación con la normativa de la OMC.

De hecho, tal vez sea el principio de igualdad ante la ley el que ofrezca los argumentos más convincentes para concluir que ni el derecho de la OMC ni el de la UE prevén un mercado mundial, pues dicho mercado no podría cumplir las exigencias de igualdad ante la ley. Teniendo en cuenta que el núcleo de la relación de los derechos humanos es bipolar (la autoridad pública y la persona perjudicada), los derechos económicos individuales en una economía de mercado se inscriben siempre en relaciones multipolares (la autoridad pública, al menos dos competidores y el consumidor). La igualdad en la aplicación de la ley es mucho más importante en la constelación de la competencia entre los agentes económicos privados que en la de los derechos humanos, ya que allí la aplicación o inaplicación afecta directamente a las relaciones de la competencia. Por esa razón, el procedimiento prejudicial es esencial para el efecto directo del derecho de la Unión.

[44] La Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport - en Expeditie Onderneming van Gend & Loöse* ./ *Nederlandse Administratie der Belastingen* (26/62, Rec. 1963, 1), sosteniendo que, de acuerdo con el espíritu, el contexto general y el texto del TCE —descrito como el “nuevo orden internacional”—, la clara e incondicional prohibición contenida en el art. 12 del TCE da fundamento para que los derechos individuales deban ser protegidos para garantizar los objetivos del mercado común.

[45] La Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 1982, *Hauptzollamt Mainz* ./ *CA Kupferberg & Cie KG* (104/81, Rec. 1982, 3641), paras. 24-26, en el que el Tribunal sostuvo que la consecuencia inmediata del sistema de libre comercio es una regla antidiscriminatoria incondicional con efecto directo en toda la Comunidad.

[46] Goodhart, nota 35; Hans-Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, p. 550.

Hasta este punto, mi argumento ha sido que es difícil desarrollar una justificación que respalde una decisión del TJUE en la que se admita el efecto directo de la normativa de la OMC dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. A continuación voy a presentar un argumento de tipo constitucional que se opone a la aplicabilidad directa. Los defensores del efecto directo unilateral sostienen que éste beneficiaría a la economía nacional (el llamado “argumento de desarme unilateral”).^[47] Este argumento, aunque atractivo a primera vista, encuentra numerosas objeciones.^[48] Jurídicamente, la objeción más importante se basa en el principio de igualdad. Si el ordenamiento jurídico europeo introdujera unilateralmente la aplicabilidad directa, esto supondría una discriminación a la inversa, es decir, la discriminación de los productores internos.

Si se atribuyera efecto directo a las normas de la OMC, el ordenamiento jurídico europeo se encontraría a menudo en la situación de tener que aplicar unilateralmente las disposiciones más liberales de la OMC a los productos importados, mientras que los productos internos estarían sujetos a normas nacionales más estrictas. El caso *Hormonas* entre los Estados Unidos y Canadá como demandantes, y las Comunidades Europeas como demandados, podría servir como ejemplo.^[49] Si el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC (dirigido a armonizar medidas adoptadas sobre una base científica para proteger la vida y la salud humana, animal y vegetal, y para prevenir la discriminación arbitraria y las restricciones encubiertas al comercio), fuese directamente aplicable, la carne producida en el extranjero con hormonas añadidas podría ser comercializada y vendida en la UE, mientras que un producto interno equivalente no podría serlo, por cuanto la normativa de la OMC se aplica exclusivamente a los productos extranjeros.^[50] Los pro-

[47] Esto significa que el efecto directo de la normativa de la OMC beneficiaría económicamente a todos los ciudadanos. Al respecto véase Daniel Ikenson, *US Trade Policy in the Wake of Doha: Why Unilateral Liberalization Makes Sense*, Cato Hill Briefing, 20 de Julio de 2006, disponible en: <http://www.fre-etrade.org/node/706>. El argumento de que la liberalización unilateral es ventajosa para cualquier economía puede ser identificado en Adam Smith.

[48] Stefan Langer, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, 1995, p. 18; Robert Howse y Kalypso Nicolaidis, *Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far?*, en: Roger B. Porter *et al.* (eds.), *Efficiency, Equity and Legitimacy: The Multicultural Trading System at the Millennium*, 2001, p. 227.

[49] Informe del Panel de Solución de Controversias de 18 de agosto de 1997, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* (WT/DS26/R/USA) e Informe del Órgano de Apelación de 16 de enero de 1998, *WTO Hormones* (WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R), disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm.

[50] Al respecto véase el Acuerdo de los Aspectos de derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, 15 de abril de 1994, Acuerdo de Marrakech Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC), Anexo 1C, 1869, U.N.T.S. 299,

ductores nacionales y sus distribuidores estarían en una situación de desventaja con respecto a sus homólogos extranjeros.^[51] Dicha discriminación está prohibida por las Constituciones nacionales porque vulnera el principio de igualdad.^[52] Diferenciar entre competidores por el simple hecho de su procedencia no cumple con los requisitos constitucionales para un tratamiento desigual; y el mero hecho de que las mercancías sean producidas en diferentes lugares no justifica un tratamiento más favorable,^[53] con la posible y única excepción de que los productores internos fuesen los favorecidos, hipótesis que no es la que nos ocupa.^[54]

Se podría responder que ese tipo de discriminación se produce legalmente y muy a menudo dentro de la Unión Europea. Es cierto. Sin embargo, esta forma aceptada de discriminación a la inversa no se debe al hecho de que *un* ordenamiento jurídico en particular discrimine, sino a las divergencias entre los *diferentes* ordenamientos. Concretamente, ocurre que el derecho interno prevé una determinada norma para un supuesto de hecho mientras que el derecho de la Unión, cuya aplicación es impuesta por el propio ordenamiento supranacional, tiene una norma diferente y más favorable para quien actúa

33, I.L.M. 1197 (1994) (ADPIC), art. I (3); Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, 15 de abril de 1994, Acuerdo de Marrakech Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC), Anexo I^a, 1867, U.N.T.S. 187, 33, I.L.M. 1153 (1994) (GATT), art. III.

- [51] Los agentes económicos con un mercado definido conforman un “grupo” en el sentido establecido por el principio de igualdad. Véase la Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 1994, *Alemania ./ Consejo ('Bananas')* (C-280/93, Rec. 1994, I-4973), paras. 67-75.
- [52] Gareth Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, 2003, pp. 126, 127 y 143; Miguel P. Maduro, *The Scope of European Remedies: The Case of Purely Infernal Situations and Reverse Discrimination*, in: Kilpatrick *et al.* (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, 2000, pp. 117, 137-149, sosteniendo que los jueces nacionales, teniendo en mente los valores nacionales, podrían aceptar o rechazar la discriminación inversa); Christoph Hammerl, *Inänderdiskriminierung*, 1997, pp. 103, 159; Astrid Epiney, *Umgekehrte Diskriminierung*, 1995, p. 427.
- [53] Sobre los requisitos para el trato diferenciado en el ordenamiento jurídico europeo, véanse las Sentencias del TJUE de 19 de octubre de 1977, *Albert Ruckdeschel & Co y Hansa-Lagerhaus Ströh & Co ./ Hauptzollamt Hamburg-St. Annen / Diamalt AG ./ Hauptzollamt Itzehoe* (117/76 y 16/77, Rec. 1977, 1753), en para. 7; Sentencia del TJUE de 17 de abril de 1997, *EARL de Kerlast ./ Union regionale de coopératives agricoles (Unicopa) y Coopérative du Trieux* (C-15/95, Rec. 1997, I-1961), en para. 35; Sentencia del TJUE de 13 de abril de 2000, *Kjell Karlsson y otros* (C-292/97, Rec. 2000, I-2737), en para. 39; confróntese la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 20, nota 42.
- [54] Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 1981, *Firma Antón Dürbeck ./ Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen* (112/80, Rec. 1981, 1095), en paras. 51-56 (protección de los productores nacionales frente a los que la Unión es responsable en virtud del art. 33 CE); Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 1994, *Alemania ./ Consejo*, nota 52, en para. 74.

transnacionalmente. En este caso —cuando la discriminación a la inversa es el resultado de la colisión de dos ordenamientos jurídicos autónomos— este tipo de discriminación se considera generalmente justificado porque el principio de igualdad sólo se aplica dentro de un mismo ordenamiento jurídico.^[55] Esta justificación no se aplicaría si la Unión decidiera, de manera autónoma, que el derecho de la OMC tiene efecto directo. La única posible solución para que la Unión aplique la normativa de la OMC directa y autónomamente y para evitar la discriminación a la inversa, sería decidir que la norma de la OMC fuera también aplicable a los productos nacionales. Sin embargo, una medida semejante implica automáticamente una mayor desregulación, con imprevisibles consecuencias.^[56] Una dinámica semejante difícilmente podría presentarse en un tribunal sujeto a una Constitución, y ciertamente no en el TJUE, en el que el consenso constitucional es mucho más limitado que en la mayoría de los Estados constitucionales. Si una comunidad política quiere liberalizar un sector económico, es libre de hacerlo dentro de los límites de la Constitución, aunque no de tal modo que los competidores nacionales sean discriminados, es decir, no por medio del efecto directo del régimen de la OMC.

En resumen: el tema del efecto directo no debería basarse principalmente en el criterio de precisión o determinación de la norma, ni debe ser considerado como técnico. Al menos desde la perspectiva del constitucionalismo, parece preferible elaborar una respuesta basada en el equilibrio de principios constitucionales tales como la cooperación internacional, la autodeterminación, la subsidiariedad, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. En este sentido, la deconstrucción de la pirámide debe ir acompañada de una nueva construcción de la doctrina del efecto directo.

[55] Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1988, *Pesca Valentia Limited ./. Ministry for Fisheries and Forestry, Ireland and The Attorney General* (223/86, Rec. 1988, 83), en para. 18; Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2001, *Procedimientos criminales contra Jean Pierre Guimont* (C-444/98, Rec. 2000, I-10663), en para. 15.

Algunas constituciones consideran prohibida incluso la discriminación a la inversa y aplican la regla europea más liberal. Al respecto véase Austria: Verfassungsgerichtshof, Sentencia de 7 de octubre de 1997 (V 76/97 y V 92/97, reimpreso en *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 26(2), 1999, p. 51.).

[56] Véase Jürgen Basedow, *Deregulierungspolitik und Deregulierungspflichten – Vom Zwang zur Marktöffnung in der EG*, *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 1991, p. 151, 159.

V. LA ÚLTIMA PALABRA

Mi tercera tesis no es más que una conclusión extraída de este razonamiento. Se ha formulado una pregunta valorativa: «¿Cuál es el papel de las Constituciones nacionales en este pluriverso normativo?». Mi respuesta es que siempre debería existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de limitar dentro del ordenamiento interno el efecto de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisione de forma grave con principios constitucionales. Ello está en consonancia con la evolución del derecho internacional, y con la discutida legitimidad de determinados actos jurídicos internacionales, como ocurre en el caso de las listas de presuntos terroristas elaboradas por el Consejo de Seguridad de la ONU.^[57] O para decirlo de forma muy concreta: el Tribunal Europeo de Primera Instancia tomó el camino equivocado al considerar que los actos del Consejo de Seguridad sólo podrían ser juzgados a la luz del *ius cogens*.^[58] Si no se quiere cuestionar la jurisprudencia del TJUE según la cual el derecho europeo es un ordenamiento jurídico autónomo que cumple funciones constitucionales, entonces las normas pertinentes son las del ordenamiento jurídico europeo.^[59] Conceptualmente, el TPI fue atrapado por el monismo, una razón más por la que esta concepción debe ser relegada. Mi respuesta no debe ser entendida como una propuesta de monismo absoluto con la Constitución en la cúspide de un universo normativo; la autonomía normativa del derecho internacional no ha sido cuestionada, hay buenas razones que en muchos casos de conflicto entre una solución según los cánones de las Constituciones nacionales y según los cánones internacionales, la última prevalece; y el pluralismo (que no es un pluralismo radical) de los sistemas normativos es la base en la que se fundamenta todo el argumento.

[57] Por medio de las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad – 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2000), 1390 (2002), reiteradas en las resoluciones 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005) y 1735 (2006) – el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas obligó a todos los estados a adoptar medidas restrictivas con respecto a los individuos y entidades contenidas en la „lista consolidada“ de Al-Qaida y Talibán, tales como el congelamiento total de sus activos, salvo para los gastos básicos de subsistencia, y la prohibición para salir del país de residencia, disponible en: <http://www.un.org/sc/comrnittees/1267/pdf/consolidatedlist.pdf>).

[58] Sentencia del TPI de 21 de septiembre de 2005, *Yusuf v. Consejo*, nota 3, paras. 276, 338-346; Piet Eeckhout, *Community Terrorism Listings Fundamental Rights and UN Security Council Resolutions*, EUR. CONST. L. REV., vol. 3, 2007, p. 183; Jochen A. Frowein, *The UN Anti-Terrorism Administration and The Rule of Law*, en Pierre M. Dupuy *et al.* (eds.), *Völkerrecht als Wertordnung – Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, pp. 785-795.

[59] A esta conclusión llegó posteriormente el TJUE. Véanse la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi vs. Consejo* (C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. 2008, I-06351).

LA NO REELECCIÓN COMO GARANTÍA DE LA DEMOCRACIA ¿RECONSTRUCCIÓN VS. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN?*

MARIELA MORALES ANTONIAZZI**

SUMARIO: **I.** *El contexto: El Tsunami reeleccionista.* **II.** *¿Qué democracia?:* El corpus iuris interamericano como marco. *2.1. Premisa aclaratoria.* *2.2. Los estándares de la Carta Democrática interamericana.* **III.** *¿Constitucionalizar desconstitucionalizando el mecanismo de la (no) reelección? Aportes de la decisión C-124/10 de la Corte Constitucional de Colombia.* *3.1. La justicia constitucional frente a la desconstitucionalización.* *3.2. Aportes de la Corte Constitucional en su sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010.* *3.3 Comentarios en perspectiva comparada.* **VI.** Reflexión final: Reconstrucción del principio democrático y la alternancia del poder como desafío.

El presente trabajo sostiene la tesis de que en América Latina, la posibilidad de reelección sin límites lesiona el principio de alternancia en el gobierno, que forma parte del núcleo esencial de la democracia y de la tradición e identidad constitucionales. La no reelección se configuró como mecanismo protector de la democracia en los órdenes domésticos, precisamente para hacer frente a una historia de caudillismo y dictaduras. El examen de esta garantía es de

* Este trabajo forma parte de una investigación más amplia. Resultados parciales han sido publicados en: ¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional, en: La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?, A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (Coord.), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, pp. 199-240. La autora agradece el apoyo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid y del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional para desarrollar esta investigación.

** Abogada summa cum laude de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela. Magíster Legum (LL.M) de la Universidad de Heidelberg, Alemania, Referentin para Latinoamérica del Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Derecho Público Comparado, Heidelberg, Alemania. Miembra de la Asociación de Derecho Constitucional de Venezuela y de la Asociación Alemana de investigación sobre América Latina.

singular relevancia si se vincula con el debate sobre los límites entre el (hiper) presidencialismo y los regímenes dictatoriales y/autoritarios si se permite que la figura del Presidente, que dispone sobre el aparato del poder estatal en su totalidad, se enraíce en el poder y si es posible establecer barreras en el espacio judicial que impidan la desconstitucionalización^[1] del principio democrático en lo concerniente a la (no) reelección.

Sin duda, para acometer este estudio es necesario abordar las potencialidades que ofrece el *ius constitutionale* del sistema interamericano y el papel de los Tribunales Constitucionales, como actores claves en la garantía del orden constitucional, al perfilar los contornos exactos de la protección de la democracia.

Este trabajo se divide en cinco partes y ofrece un enfoque que afirma los conceptos de la protección del núcleo de la democracia y de la identidad constitucional como antídotos a la desconstitucionalización proveniente de la tendencia reeleccionista de comienzos de este siglo XXI. En la primera parte (I), se hace una breve referencia al contexto en el que se está desarrollando la ola reeleccionista que ya ha alcanzado la magnitud de Tsunami. Seguidamente (II), el estudio se concentra en el *corpus iuris* interamericano para demostrar que la democracia constituye un principio esencial, de carácter supranacional y de seguimiento obligatorio. El instrumento jurídico que se utiliza como base del análisis es la Carta Democrática Interamericana (CDI) como parte de un acervo doctrinal, normativo y jurisprudencial en progresiva formación, que ha ido moviendo las fronteras^[2] para posibilitar una interpretación constitucional conforme a los valores democráticos y a los derechos fundamentales, aun cuando no se trate, *strictu sensu*, de un instrumento vinculante. Se afirma que la concepción del régimen democrático contemplada en la CDI, abarca la dimensión formal y sustancial, que protege los derechos humanos, se inspira en una doctrina de la vida digna y está impregnada de una agenda social. No obstante, frente a las evidentes amenazas al estricto cumplimiento de los ele-

[1] Parafraseando a Marcelo Neves en sentido contrario, porque él habla de episodios de constitucionalización simbólica, Cfr. M. Neves, La concepción del Estado de Derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un Derecho Supranacional, en: A. von Bogdandy/C. Landa Arroyo/M. Morales Antoniazzi (eds.), Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 52.

[2] Expresión que utiliza Sergio García Ramírez, Ex- Magistrado y Ex-Presidente de la Corte IDH al aludir que las fronteras se han desplazado "*pro homine*", en favor del ser humano, sin aventuras, que no serían plausibles ni manejables, pero con rigor, constancia y espíritu de progreso". Cfr. S. García Ramírez, "Panorama sobre la Corte Interamericana de derechos humanos", en: Ricardo Méndez-Silva, Derecho Internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados, UNAM, México, 2008, p. 112 y s.

mentos y fundamentos de la democracia previstos en la CDI, se toma el caso ejemplar de la sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010 de la Corte Constitucional colombiana (CCC) referida a la (no) reelección presidencial (III). Sintetizando los argumentos de la Corte, se plantea a título de reflexión final la necesaria reconstrucción del principio democrático y la alternancia del poder, destacando que el límite máximo de ejercicio del poder por un solo Presidente debe constituir un rasgo esencial del constitucionalismo latinoamericano si aspira preservar la democracia en la región (IV).

I. EL CONTEXTO: EL TSUNAMI REELECCIONISTA^[3]

La reelección se ha convertido en América Latina en un tema político de alta sensibilidad que ha polarizado en extremo algunos países como Venezuela, Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Colombia.^[4] En la prensa se lee que no es la gripe porcina el único virus que ha afectado a Latinoamérica,^[5] pues parece que los líderes políticos de la región se han contagiado con el virus de la reelección, en las modalidades de inmediata, alterna e indefinida (sólo Cuba y Venezuela).^[6] La ola expansiva ha ido *in crescendo*. Hasta ahora únicamente en Guatemala, Honduras, México y Paraguay no se permite la reelección en ninguna modalidad. Sin embargo, Guatemala,^[7] conocida como bastión de la no

- [3] Daniel Zavatto sostiene que “esta fiebre reeleccionista, en mi opinión, es una mala noticia para una región como la nuestra caracterizada por la debilidad institucional, la personificación creciente de la política y el hiperpresidencialismo. El fortalecimiento y la consolidación de nuestras frágiles democracias no pasa por líderes carismáticos y providenciales, sino por la calidad de las instituciones, la madurez de los ciudadanos y una sólida cultura cívica”, en: J. Martínez Pozo, América se cuida de la reelección, en *Perspectiva ciudadana*, nacional.com.do | 04-02-2007, disponible en <http://www.perspectivaciudadana.com/contenido.php?itemid=14194>. Daniel Zovatto ha llamado el fenómeno como un crecimiento de la ola reeleccionista. <http://www.infolatam.com/2009/08/12/crece-la-ola-reeleccionista-en-america-latina/>
- [4] Acerca del debate sobre democracia y polarización, I. Flores, *Democracia y polarización: ¿(in)compatibilidad?*, en: V Jornadas: Crisis y derechos humanos, L. Díaz Müller, México, 2011, pp. 97-116.
- [5] Cfr. El virus de la reelección en América Latina, Redacción de eltiempo.com, 16/07/2009, disponible en: <http://www.reliat.org/Articulos/articuloDetalle.asp?Id=8446>.
- [6] Un enfoque periodístico se encuentra en E. Perea Díaz, La Reelección Presidencial en América Latina, en *Mundo electoral*, Año 2 No. 6, Panamá, Septiembre 2009, disponible en: <http://www.mundoelectoral.com/html/index.php?id=341>
- [7] Desde la Constitución de 1965, mantenida en 1985, se regula el principio de la no reelección de manera absoluta y como perteneciente a la parte no reformable del texto constitucional, es decir, amparada por la cláusula de intangibilidad. Cfr. Noticias de prensa <http://www.elperiodico.com.gt/es/20110222/pais/191277> (consulta 10.04.2011).

reelección, protagoniza un intenso debate en torno al tema con características muy particulares,^[8] y en Honduras^[9] se impulsa actualmente un proceso para introducir la figura de la reelección, a pesar de que en ese país la propuesta de reforma constitucional a través de un referéndum inconstitucional que permitiría la reelección presidencial fue un factor desencadenante de la destitución de modo inconstitucional del Presidente proponente el 28 de junio de 2009, generando una grave crisis en el seno de la OEA^[10] y trayendo como consecuencia su suspensión.^[11]

Líderes populistas, de izquierda y de derecha, mediante Asambleas Constituyentes, Reformas, Enmiendas constitucionales o Referéndum aspiran permanecer en el gobierno, mientras los expertos constitucionalistas y politólogos advierten los *pro* y *contra* de esta tendencia de la reelección.^[12] Las nuevas Constituciones han permitido pasar de la reelección alterna a la inmediata, como en Ecuador desde 2008^[13] y Bolivia desde 2009.^[14] En el caso de Venezuela, la

-
- [8] La Constitución no sólo impide la reelección del jefe de Estado, sino también las candidaturas de “los parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad” del mandatario. Información aparecida en los medios de comunicación. Cfr. http://www.clarin.com/mundo/Guatemala-presidente-divorcia-mujer-sucederlo_0_449955082.html; <http://www.enlatino.com/paises/guatemala/presidente-guatemalteco-se-divorcia-para-permitir-candidatura-de-su-esposa-39119> (consulta 11.04.2011). No obstante, el polémico asunto ha generado una reacción en el ámbito jurídico. Un grupo de abogados guatemaltecos interpuso un recurso judicial para impedir el divorcio, argumentando fraude de ley. <http://observadorglobal.com/freno-al-divorcio-del-presidente-colom-en-guatemala-n19757.html> (consulta 11.04.2011).
- [9] Aún cuando ya se ha comenzado a plantear la posibilidad de reformar la Constitución para permitir la reelección, como se ha reflejado en los medios de comunicación. <http://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/el-congreso-de-honduras-aprobo-el-miercoles-una-reforma-constitucional-im> (consulta 10.04.2011). Más recientemente, la discusión entre el Presidente Lobo y el expresidentes Zelaya Excelsior, disponible http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=751667(consulta 10.04.2011).
- [10] Cfr. Informe de la Comisión de Alto Nivel de la OEA sobre la situación en Honduras. Presentado en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2531 (XL-O/10). Asamblea General/doc.1/10, 29 julio 2010.
- [11] AG/RES. 2 (XXXVII-E/09), Suspensión del derecho de Honduras de participar en e la Organización de Estados Americanos, de fecha 16 julio 2009. http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_09/AG04682S02.doc.
- [12] A. Brewer-Carías, Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y control judicial contencioso administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999), en Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, Chile, 2009, pp. 317-353.
- [13] Según el Art. 144 de la Constitución de Ecuador de 2008 “La Presidenta o Presidente de la República permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá ser reelecto por una sola vez.”
- [14] Conforme al Art. 168 de la Constitución de Bolivia de 2009 “El período de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”.

reelección es ahora indefinida luego de que fuera aprobada la enmienda a la Constitución mediante referéndum en 2009 que la permite,^[15] a pesar del rechazo a la reforma constitucional en el 2007 en la cual se preveía esta reelección ilimitada.^[16] En Brasil se presentó un proyecto de reforma constitucional para permitir un tercer mandato presidencial consecutivo, pero en julio de 2009 fue rechazado por la Cámara de Diputados. En Nicaragua y Costa Rica las sendas decisiones judiciales que han favorecido la reelección han generado los calificativos de decisiones de “políticos con toga” en el caso de Costa Rica y de una Corte suprema como “espejo de la Asamblea” en Nicaragua.^[17] La Constitución de la República Dominicana de enero de 2010 establece la prohibición de la reelección presidencial inmediata, pero dejó abierta la posibilidad de que un Ex-Presidente pueda volver a ser Presidente en el futuro.^[18] Surgió la polémica respecto a la interpretación sobre la posibilidad de la reelección^[19] y se dilucidó el asunto en razón de la declinación del Presidente de presentarse a la reelección.^[20] En Argentina se promueve una reforma constitucional que respalda la reelección indefinida.^[21] En Colombia la Constitución fue modificada en el año

- [15] El primero es la introducción de un período presidencial de seis años con reelección. La posibilidad de un período continuo de 12 años es sin duda el más largo de América Latina y la eliminación de restricciones a la reelección hace este problema aún más agudo, M. Penfold, *La democracia subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano*, Revista de ciencia política, Vol. 30 / N° 1 / Santiago de Chile; 2010, pp. 21 – 40.
- [16] Cfr. Consideraciones presentadas por la Comisión de Juristas de la oposición frente a la reelección indefinida con motivo de la Reforma Constitucional de 2007, actualizadas por José E. Molina V., para la propuesta de Enmienda Constitucional sobre Reección Indefinida de Diciembre de 2008.
- [17] Cfr. E. Martínez Barahona, ¿Quiénes deciden quién nos gobierna? Estudiando las Cortes en las sentencias “reeleccionistas” de Costa Rica y Nicaragua. *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, N° 3, 2010, pp. 99-121.
- [18] Artículo 124 de la Constitución de la República Dominicana relativo a la Elección presidencial: El Poder Ejecutivo se ejerce por el o la Presidente de la República, quien será elegido cada cuatro años por voto directo y no podrá ser electo para el período constitucional siguiente. Disponible en: <http://www.senado.gov.do/PortalSILSenado/Portals/0/Noticias/CONSTITUCI%C3%93N%202010.pdf>
- [19] En el discurso político se argumentó que sería el Tribunal Constitucional a quien le correspondería interpretar si el actual Presidente podía presentarse como candidato. Disponible en Internet: <http://www.hoy.com.do/el-pais/2010/11/3/348738/SCJ-o-Tribunal-Constitucional-decidirian-reeleccion> (consulta: 10.04.2011).
- [20] El Presidente anunció su voluntad de la no “repostulación”. Disponible en Internet http://www.presidencia.gov.do/app/do_2011/article.aspx?id=13654 (consulta: 10.04.2011).
- [21] Según los medios de comunicación se trata de una propuesta del denominado “ultrakirchnerismo”. Disponible en Internet <http://latercera.com/noticia/mundo/2011/02/678-348139-9-impulsan-reforma-constitucional-en-argentina-para-permitir-reeleccion-indefinida.shtml> (consulta: 10.04.2011). Sin embargo, en la doctrina se ha formulado el planteamiento desde una perspectiva histórica que en Argentina el reeleccionismo deriva en

2004 para permitir que el Presidente de turno pudiera ejercer dos mandatos consecutivos, y en el 2006 ganó la reelección. Desde el año 2009 sus partidarios impulsaron otra enmienda que permitiría una reelección para un tercer mandato, que no llegó a materializarse gracias a la decisión C-124/10 de la Corte Constitucional de Colombia.^[22]

Como ya ha sostenido la doctrina, la llamada ola reeleccionista ha generado posturas de muy diversa naturaleza, los no reeleccionistas, los reeleccionistas alternados, los reeleccionistas consecutivo y los reeleccionistas indefinidos.^[23] Con razón podría sostenerse que esta ola está representando un Tsunami, que se está llevando por delante una parte de las bases del edificio que se llama democracia. En la literatura de ciencias políticas se encuentran distintos matices en el abordaje del tema, incluso se alude a la “reelección expansiva”, característica de este nuevo milenio.^[24] Al conmemorarse el bicentenario de la independencia y del surgimiento de las primeras Constituciones en América Latina, parece imprescindible revisar los contenidos de la intangibilidad del núcleo de la democracia y fortalecer la capacidad del derecho para incidir en la vida social, sin llegar al fetichismo,^[25] ni incurrir en la función de hipertrofia simbólica de los textos constitucionales.^[26] En este trabajo se acude por tanto a los parámetros y estándares que arroja principalmente la Carta Democrática Interamericana y la decisión C-124/10 de la CCC sirve de marco para abordar los argumentos a favor de la alternancia en el poder como parte del núcleo de la democracia y por tanto, amparado por las cláusulas de intangibilidad.

una continuidad ilimitada. Cfr. J. L. Oría, *La reelección presidencial y la división de poderes*, Buenos Aires, 1995, p. 181.

[22] <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2010/C-141-10.rtf>

[23] J. C. Arenas G., G. D. Valencia A., *Elecciones y reelecciones presidenciales en América Latina*, 2009, en: *Perfil de Coyuntura Económica*, No. 13, agosto 2009, Universidad de Antioquia, Colombia, pp. 77-96, en particular 84 ss.

[24] D. Zovatto, *Ola reeleccionista en América Latina*. Nueva Mayoría, 2009; M. D. Serrafiero, *Reelección Presidencial en América Latina: evolución y situación actual*, *Boletín de Política Comparada*. Volumen 2, Número 2, 2009; R. M. Zelaya, *Estudio de Legislación Comparada. La Reelección Presidencial: Un Estudio Comparativo de Casos en América Latina*, Managua, 2010; I. Treminio Sánchez, *Segundas partes nunca fueron...* *La reelección presidencial en las constituciones políticas de América Latina*, Universidad de Salamanca, 2011, disponible en: <http://campus.usal.es/~acpa/sites/default/files/paper%20Iika%20seminario%202011.pdf>.

[25] M. J. Cepeda, *La defensa judicial de la Constitución: la gran fortaleza colombiana*, en: F. Cepeda Ulloa (ed.), *Fortalezas de Colombia*, Ariel Ciencia Política – Banco Interamericano de Desarrollo, Bogotá, 2004.

[26] Cfr. M. Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, 2ª. Ed., São Paulo, 2007.

II. ¿QUÉ DEMOCRACIA? EL *CORPUS IURIS* INTERAMERICANO2.1. *Premisa aclaratoria*

No se hace una aproximación al concepto de la democracia, noción ampliamente debatida^[27] y que es un fenómeno dinámico y expansivo^[28], que tiene implícitos valores y principios, dado que no existe un consenso sobre su teoría y sus postulados porque depende de la concepción de democracia que se adopte. Sin embargo, sí puede constatararse un consenso universal y fundamentado en bases jurídicas respecto a las condiciones para calificar un Estado como democrático^[29]. Tanto el Derecho Internacional^[30], el Derecho comparado^[31] así como la teoría constitucional y política^[32] coinciden en los elementos esenciales del contenido clave del principio democrático en relación con la organización del poder público,^[33] entre los que se cuentan: gobernantes con legitimidad a

- [27] Acerca de la noción de democracia no sólo existe abundante bibliografía desde todas las perspectivas (filosófica, política, jurídica), sino que constituye uno de los temas más dinámicos y de permanente actualidad. Desde el siglo de las luces pasando por la revolución francesa y el tiempo entre guerras (C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlín, 1928) hasta la fase iniciada en la década de los ochenta del siglo XX, ha estado presente el debate sobre la democracia. En la Ciencia Política la democracia se fundamenta en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. J. Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, IJ-UNAM, México, 2007. La última etapa ha estado signada por el fenómeno de la “desdibujación” de los límites de la estatalidad (K. P. Sommermann, “Der entgrenzte Verfassungsstaat”, *KritV* 81, 1998, p. 404-412). Ver también R. Arango Rivadeneira (ed.), *Filosofía de la democracia, fundamentos conceptuales*, Bogotá, 2007.
- [28] J. Carpizo, “El contenido material de la democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en: A. von Bogdandy, Flávia Piovesan, M. Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, 2010, p. 3.
- [29] A. von Bogdandy, “Globalización y Europa: cómo cuadrar democracia, globalización y Derecho internacional” en: *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3 (2006) 9, pp. 13-39.
- [30] T. Franck, “The Emerging Right to Democratic Governance”, *A.J.I.L.*, 1992, p. 46; J.A. Frowein, “Konstitutionalisierung des Völkerrechts”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 2000, pp. 427, 431 ss. En esta era del derecho global se habla del principio de horizontalidad como sinónimo de democratización. Cfr. R. Domingo, *The new global law*, Cambridge, 2010, p. 181 ss.
- [31] N. Dorsen et al, *Comparative Constitutionalism*, 2003, pp. 1267 ss.
- [32] G. Sartori, *Demokratietheorie*, 1992, pp. 40 ss.
- [33] El debate teórico sobre el contenido del principio democrático adquiere su máxima relevancia en el nivel supranacional. Cfr. A. von Bogdandy, *Una idea controvertida se convierte en Derecho: consideraciones acerca de la democracia europea como principio jurídico*, en: A. von Bogdandy/C. Landa Arroyo/M. Morales Antoniazzi (eds.), *Integración suramericana a*

partir de elecciones populares generales, iguales, libres y periódicas, un poder público ejercido de conformidad con el Estado de Derecho y limitado mediante una posibilidad garantizada de cambio en el poder y el respeto de la persona humana.

En este orden de ideas, se parte de la tesis que en Latinoamérica, bajo el signo de la integración jurídica,^[34] se constata una creciente construcción de un *ius constitutionale commune*^[35] en materia de protección de la democracia, bajo una concepción comprensiva de los derechos humanos^[36] e inclusiva de una

través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 633-646; A. Von Bogdandy/J. Bast, *Founding Principles*, en: *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010, p. 47 ss. En un principio, Comunidades Europeas eran reticentes a insertar una referencia directa a la democracia y los Derechos Humanos en el derecho originario, dada la desconfianza de los Estados miembros y su resistencia a la cesión de soberanía, pero hoy día el debate ha sido superado, gracias a la actividad del TJCE (ahora TJUE), como la regulación en los Tratados. Para el análisis evolutivo, Cfr. A. Ñbeda de Torres, La evolución de la condicionalidad política en el seno de la Unión Europea, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 32, Enero/Abril 2009, pp. 49-88. M. Morales Antoniazzi, La ampliación y su condicionalidad democrática en el Mercosur en: A. Dreyzin/ M. Morales (eds.), *Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009, p. 152 ss. El tema democrático formó parte del debate post-Constitución. Se argumentó que la Unión Europea, pegada todavía a sus orígenes iusinternacionalistas, “ha de pasar por la democracia nacional para crear la democracia europea. Así, un texto constitucional negociado en el nivel supranacional por los actores políticos europeos resultó paralizado por los Referenda negativos de dos Estados miembros”; F. Aldecoa Luzarraga y M. Guinea Llorente, en *Revista General de Derecho Europeo* N.º 13, Mayo 2007, “¿Hacia dónde va la Unión Europea? La salida del laberinto constitucional ante el Consejo Europeo de junio de 2007”. Pero el Tratado de Lisboa ya contempla un Título relativo a los principios democráticos. Cfr. http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_es.htm

- [34] A. von Bogdandy/M. Morales Antoniazzi, Presentación, en: A. von Bogdandy/C. Landa Arroyo/M. Morales Antoniazzi (eds.), *Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. IX-XXXI.
- [35] Entendido principalmente desde la fuerza normativa que ha tenido la jurisprudencia transnacional, en el caso latinoamericano, producto del diálogo vertical y horizontal entre los tribunales “constitucionales, con fundamento en la premisa del reconocimiento de la “común humanidad”, la naturaleza humana compartida, expresada en los derechos humanos. P. G. Carozza, “My friend is a stranger” the death penalty and the global *ius commune* of human rights, *Texas law review*, 81 (2003) 3, pp. 1031-1089.
- [36] En la doctrina se introduce el término “Carta Interamericana de Derechos Humanos” aludiendo al omnicomprensivo marco jurídico integrado por todos los instrumentos del sistema, Carta de la OEA, Declaración Americana, Convención Americana, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

protección configurada por los diversos órdenes normativos (interamericano y nacional), en conformidad con los desarrollos del derecho internacional.^[37] Este *corpus iuris* común^[38] efectivamente se ha estructurado en función de la garantía de la democracia en un sentido amplio,^[39] que abarca no solo la faz

contra la Mujer, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Carta Democrática Interamericana. Cfr. Z. A. Fajardo Morales, La plena vigencia de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre: una utopía por construir, en *American University International Law Review* 2009, 25, p. 77. Para la comprensión de esta concepción en perspectiva comparada, Cfr. A. Úbeda de Torres, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007.

- [37] Hace dos décadas comenzó a hablarse de una nueva era de democracia, paz y unidad. Específicamente para el caso Europeo en la Carta de Paris por una nueva Europa, se resalta que “Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio de todos los seres humanos, son inalienables y están garantizados por la ley. Su protección y fomento es la primera responsabilidad de los gobiernos. Su respeto es una salvaguardia esencial contra un excesivo poder del Estado. Su observancia y pleno ejercicio son la base de la libertad, la justicia y la paz.” Cfr. http://www.osce.org/documents/mcs/1990/11/4045_es.pdf. Otro documento referencial es la Declaración universal sobre la democracia, adoptada por el Consejo Interparlamentario en Egipto en 1997 (con la reserva de China), en la que se pone de relieve que la democracia es un ideal universalmente reconocido y un objetivo basado en valores comunes compartidos y entre sus principios se menciona que “Como ideal, la democracia trata fundamentalmente de mantener y promover la dignidad y los derechos fundamentales del individuo, garantizar la justicia social, facilitar el desarrollo económico y social de la colectividad, reforzar la cohesión de la sociedad...” Cfr. <http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/democracia.htm>. Existen incluso iniciativas para explorar los mecanismos y las condiciones previas para realizar “un referéndum global” en la población del mundo que consulte la posibilidad de establecer un sistema democrático global. Cfr. <http://www.kdun.org/es/documents/2010declaration.pdf>.
- [38] Aludiendo a la cultura común en materia de derechos fundamentales y destacando que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (abril 1948) es anterior a la universal (diciembre 1948), Laurence Burgogue-Larsen enfatiza la profunda metamorfosis que ha tenido lugar en las Américas, que ya no tiene un puro valor simbólico o declarativo. Cfr. L. Burgogue-Larsen, El papel de la Corte Interamericana de derechos humanos en la creación de una cultura común en materia de derechos fundamentales en América Latina, en: Ricardo Alonso García, *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, AMELA, Valencia, 2009, p. 139-163. Cfr. también G. Aguilar Cavallo, *Emergencia y consolidación de un Derecho Americano de los Derechos Humanos*, en: A. von Bogdandy/F. Piovesan/M. Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 397-435; Humberto Nogueira Alcalá habla del bloque constitucional de derechos fundamentales en América Latina. Cfr. H. Nogueira Alcalá, *El bloque constitucional de derechos fundamentales en América Latina y su aplicación en Chile y América Latina*, en: *idem*, p. 494 ss.
- [39] J. M. Arrighi, *Derecho Internacional y democracia en el Sistema Interamericano*, en: *Estudios de derecho internacional*, Santiago de Chile, 2008, pp. 503-521. Para la comprensión de esta concepción en perspectiva comparada, Cfr. A. Úbeda de Torres, *Democracia y*

procedimental (focalizada en las elecciones y la participación política)^[40] sino fundamentalmente la sustancial^[41] (vinculada a la gramática de los derechos humanos),^[42] incluyendo la dimensión social^[43] y que procura unos estándares

derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos, Madrid, 2007.

- [40] Tradicionalmente el derecho al sufragio, la libertad de expresión, la libertad de asociación se han considerado componentes intangibles de la democracia. En relación al amplio espectro de categorías híbridas que hoy se constatan en el mundo que han surgido en los últimos años, se deja evidenciado que la mayoría de los regímenes políticos comparten elementos de la democracia y del autoritarismo, Cfr. I. Szmolka Vida, Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos, en: Revista de Estudios Políticos número 147, Madrid, Enero/Marzo 2010, p. 103-135.
- [41] En palabras de Ferrajoli sería la democracia sustancial una respuesta a la crisis de la democracia formal, por cuanto los poderes públicos no se sujetan a la ley, y por tanto surgen nuevas formas de absolutismo en el ejercicio del poder debido a la carencia de límites y controles adecuados, L. Ferrajoli, Derechos y Garantías. La ley del más débil, Madrid, 1999, p. 17.
- [42] La interdependencia entre democracia y derechos humanos quedó plasmada universalmente, aunque de modo declarativo, en el párrafo octavo de la Declaración de la Conferencia mundial de Viena de 1993. En palabras de Jürgen Habermas significa: “los derechos humanos hacen posible el proceso democrático, sin el cual ellos, a su vez, no pueden positivizarse y concretizarse en el marco de un Estado Constitucional garantista de los derechos humanos”, J. Habermas, Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte (paper de discusión). Traducción de la autora.
- [43] Según el Art. 4 de la Carta Democrática Interamericana (CDI) un componente fundamental del ejercicio de la democracia es el respeto por los derechos sociales. En el plano internacional un paso importante ha sido el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC), que establece tres procedimientos internacionales de protección: un procedimiento de comunicaciones individuales, un procedimiento de comunicaciones interestatales y un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales. Cfr. Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2008, Instituto Interamericano de Derechos Humanos /Comisión Internacional de Juristas, 2008. http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1375160761/CIJ%20comentario%20PF-PIDESC.pdf. A nivel de los Estados, como lo expresa Camilo Castellano, se trata en esencia de la forma de “Estado social de Derecho” consagrada en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas y que “supone politización de lo social, al tiempo que socialización de lo político; esto es, hacer de la igualdad el fin del Estado, garantizando una seguridad social básica para todos y la mayor igualdad de oportunidades, al tiempo que la creación de una compleja trama de asociaciones que den forma política a los intereses sociales y puedan incidir en el curso del Estado”. Cfr. C. Castellano, Autoritarismo o democracia, en: Cuando la excepción es la regla. Colombia: estados de excepción y régimen político, Colección Información en derechos humanos, N° 2, Bogotá, 2005, p. 190. Cfr. R. Arango Rivadeneira, Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro, en: A. von Bogdandy/F. Piovesan/M. Morales Antoniazzi (eds.), Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 379-396.

mínimos de exigibilidad^[44] en base a la no discriminación^[45] y a la dignidad humana.^[46]

[44] Para un análisis actualizado de las características de esta exigibilidad, cfr. Documento de la OEA-PNUD, La democracia de ciudadanía. Una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009, disponible en <http://www.nuestrademocracia.org/pdf/OeaPnud-DemocraciaDeCiudadania-2009.pdf> (consulta: 30.09.2010). Un paso importante ha sido el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC), que establece tres procedimientos internacionales de protección: un procedimiento de comunicaciones individuales, un procedimiento de comunicaciones interestatales y un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales. Cfr. Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2008, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Comisión Internacional de Juristas, 2008 http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_137516076_1/CIJ%20comentario%20PF-PIDESC.pdf

[45] El principio de igual dignidad de todos los seres humanos constituye los cimientos del edificio de los derechos humanos, es el punto de encuentro entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales y emana justamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Desde 1984 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su opinión consultiva OC-4/84, advierte que el principio de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona...En su opinión consultiva OC-18/03 de 2003, entre otros, la Corte IDH ha dejado sentado el criterio de que el principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones, donde las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales. En el informe del PNUD (2004), se plantea sabiamente la agenda de: cómo pasar de una democracia cuyo sujeto es el elector a una cuyo sujeto es el ciudadano que tiene derechos y deberes expandidos, en el campo político, civil y social; cómo pasar de un Estado de “legalidad trunca” (concepto de O’Donnell) da a un Estado con alcance universal en todo el territorio y cuyo principal objetivo sea garantizar y promover los derechos –un Estado de y para una Nación de ciudadanos; cómo pasar de una economía concebida según los dogmatismos del pensamiento único a otra con diversidad de opciones, y cómo construir un espacio de autonomía en la globalización. Se trata, en fin, de llenar de política a la sociedad y, consecuentemente, de sociedad a la política”. PNUD, La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, Nueva York, 2004, p. 182. Como se apunta en la doctrina, el derecho fundamental a no sufrir discriminación comprende dos mandatos jurídicos de igual rango y exigibilidad: igualdad de trato e igualdad de oportunidades. Cfr. por ejemplo R. Gutiérrez Rivas/A. Rivera Maldonado, El caso Mininuma: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México, en: Revista de la Facultad de Derecho de México, N° 59, México, 2009, 251, pp. 89-122.

[46] Sólo a título enunciativo basta citar que la Corte ha interpretado la noción del derecho a la vida digna en relación a las comunidades indígenas, a la luz de la situación de su especial vulnerabilidad. Por ejemplo en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay de 2005 o en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay de 2006. En la Comunidad Yakye Axa se pronuncia la Corte IDH en el sentido de que proteger y preservar

Tampoco se pretende en este trabajo abarcar la protección de la democracia a nivel de la OEA, que tiene larga tradición^[47] y una multiplicidad de textos normativos, por una parte la Carta de la OEA^[48] y demás instrumentos de la Organización destinados a instalar un mecanismo para la protección de la democracia,^[49] y por otra parte, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (DADH)^[50] y la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH),^[51] reforzada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana

la propia identidad cultural, es en última instancia, proteger su derecho fundamental a la vida lato sensu, y en el caso de la Comunidad Sawhoyamaya, la Corte define correctamente las medidas positivas para proteger y preservar el derecho inderogable a la vida (párrs. 148-153), y las reparaciones ordenadas (inclusive la devolución de las tierras ancestrales, párrs. 206-211), teniendo como base la necesidad de preservar la identidad cultural de la Comunidad (párrs. 218-219, 226 y 231).

- [47] Como antecedentes más remotos a la referencia de la democracia se citan la Conferencia Interamericana para la consolidación de la Paz (Buenos Aires 1936, la posterior de Lima de 1938 y de La Habana de 1940. Dentro de los antecedentes se cita particularmente la Conferencia de Chapultepec en México en 1945, donde ya se incluían declaraciones sobre derechos como la libertad de información. Igualmente, Cfr. Declaración de Santiago de 1959, Resolución XXVII de la Quinta Reunión Consultiva de los Ministros de Relaciones Exteriores, Acta Final, OEA/Ser.C/II.5, p. 4-6.
- [48] La propia Carta de la OEA en su preámbulo declara que la democracia representativa “es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región” y a continuación reitera “dentro del marco de las instituciones democráticas”. En su art. 2 b) la Carta dispone como uno de sus propósitos esenciales el “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”. Asimismo, el art. 3 d) afirma que “La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”. Esto es, la promoción de la democracia forma parte de los objetivos de la Organización. Una visión evolutiva en A. F. Cooper/T. Legler, Intervention without intervening the OEA defense and promotion of democracy in the Americas, Basingstoke, 2006; T. D. Rudy, “A quick look at the Inter-American Democratic Charter of the OEA, what is it and is it “legal”?”, en *Syracuse journal of international law and commerce*, 33 (2005) 1, pp. 237-248.
- [49] En una visión panorámica del cambio de rol pasivo a rol activo en la protección de la democracia, se tiene la Declaración de Santiago (1959), los protocolos de la reforma a la Carta de la OEA de Cartagena (1985) y Washington (1992), la Resolución 1080 (1991), la Declaración de Nassau (1992), la Declaración de Managua (1993), la Declaración de Québec (2000) y la Carta Democrática Interamericana (CDI).
- [50] La DADH además de consagrar los derechos políticos y el derecho/deber del sufragio, contempla la referencia a la democracia en el Artículo XXVIII: Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.
- [51] El Art. 23 de la CADH regula el derecho: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

de derechos humanos (CorteIDH), que reconoce la democracia representativa como “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”.^[52]

Este trabajo se centra, por el contrario, en la Carta Democrática Interamericana CDI, como parámetro regional democrático configurado por el consenso ideológico de los Estados miembros de la OEA en torno al alcance de la democracia. Si bien la Carta Democrática, como resolución de la Asamblea General, carece de carácter inmediatamente vinculante, justamente el mecanismo de imposición normado en ella es considerado como precisión del Art. 9 de la Carta de la OEA (tomando como base la regla para la interpretación de los Tratados prevista en el Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).^[53]

2.2. Los estándares de la Carta Democrática Interamericana

La Carta Democrática Interamericana (CDI) contempla estándares que encarnan la tradición jurídica del continente americano en materia de promoción democrática. Dado el amplio contenido de la CDI, basta mencionar las aristas consideradas claves como noción fundamental del presente análisis: los elementos esenciales y los componentes fundamentales de la democracia (Art. 3 y 4), la doble condicionalidad entre democracia y derechos humanos (Art. 7 y 8), los derechos económicos, sociales y culturales –DESC– como *conditio sine qua non* de la democracia interamericana (Art. 13). La Carta contempla asimismo un innovador capítulo sobre “Democracia, Desarrollo Integral y Lucha contra la Pobreza” (Art. 11-16), haciendo patente la estrecha relación entre la pobreza y el bajo nivel de desarrollo con la consolidación democrática.

Las disposiciones de la CDI tienen la función de ser una especie de “cláusula de corte transversal” constitucional que van a permear la totalidad de los órdenes jurídicos, lo cual también postula e incluye el precepto de homogeneidad entre la Carta y las Constituciones nacionales, procurando una misma gramática de la democracia.^[54] Existe una “cultura común” o *ius commune* que

[52] Opinión Consultiva OC-6/86 de la CorteIDH de 9 de mayo de 1986, “La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, par. 34. Para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la CorteIDH en el tema “democracia”, Cfr. A. Aguiar, El derecho a la democracia. La democracia en el Derecho y la Jurisprudencia Interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia, Colección Estudios Jurídicos, N° 87, Editorial Jurídica Venezolana/Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Caracas, 2008.

[53] E.Lagos/T.Rudy, “In defense of democracy”, The University of Miami interAmerican Law Review, 35 (2004), 283, 304.

[54] Todas las Constituciones establecen el principio democrático, a título de ejemplo las tres más recientes, Artículo 2 de la Constitución de Venezuela (1999) dispone que “se constituye

se ha creado en materia de democracia que induce al reconocimiento de ciertos principios y valores comunes entre los Estados del Hemisferio.^[55] La Carta, que tiene su origen inicialmente en las experiencias histórico-culturales de sus Estados Miembros, surge y mantiene su plena vigencia como resultado de procesos colectivos de aprendizaje que conformaron esos determinados principios constitucionales y valores que los respaldan, entendidos en la doctrina como “preferencias colectivas.”^[56] Forman parte de ellas la paz y la seguridad, el respeto a la dignidad humana, los principios democráticos y del Estado de Derecho, sobre todo la protección de los derechos fundamentales.

En efecto, las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Carta Magna del Continente^[57] y las Constituciones de los Estados, con su carácter vinculante, se imbrican con la propia Carta Democrática Interamericana (en principio *soft law*) y hacen que la condicionalidad recíproca derechos humanos-democracia adquieran fuerza vinculante y sean de obligatorio cumplimiento por los poderes públicos de todos los Estados, configurando en el plano conceptual y teórico el sistema interamericano como uno de los más desarrollados y protector.^[58] Con la “constitucionalización” recíproca se alcanza

en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...”; según el Artículo 1 de la Constitución de Bolivia (2009), “se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías...”; conforme al Art. 1 de la Constitución del Ecuador (2008), “es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”. Algunas consideraciones críticas se aprecian en M. Alcántara/I. Crespo (eds.), *Los Límites de la Consolidación Democrática en América Latina*, Salamanca, 1995. También M. Neves, “Symbolische Konstitutionalisierung und faktische Entkonstitutionalisierung: Wechsel von bzw. Änderung in Verfassungstexten und Fortbestand der realen Machtverhältnisse”, en *Verfassung und Recht in Übersee*, 29 (1996) 3, p. 309 ss.

- [55] Las jurisdicciones constitucionales, aun cuando sean ejercidas por Cortes Supremas, están en sintonía con la jurisprudencia de la Corte IDH. Para un ejemplo, véase el caso Argentino, vid. Simón, Julio Héctor y otros – Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) -2005-06-14 – Fallos: 328:2056.
- [56] N. Ramis, *La OEA y la promoción de la democracia en las Américas: un objetivo en construcción*, Institut Català Internacional per la Pau, ICIP WORKING PAPERS, 2010/07, Barcelona, noviembre 2010, p. 8 ss. http://www20.gencat.cat/docs/icip/Continguts/Publicacions/WorkingPapers/Arxiu/WP10_7_CAST.pdf (consulta 11.04.2011).
- [57] Cfr. H. Salgado Pesantes, *Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos*, en *los Estudios en homenaje a Héctor Fix Fierro, La Ciencia del derecho procesal constitucional*, E. Ferrer Mac Gregor/A. Zaldivar Lelo de Larrea (ed), p. 641-666.
- [58] A. R. Brewer-Carías, “El derecho administrativo y el derecho a la democracia: una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado”, Video Conferencia en las Jornadas Académicas inaugurales del departamento de Derecho Administrativo, 2008, Facultad de Derecho, Universidad

la máxima de que “[e]l paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho”, y en el ámbito interamericano, entenderíamos la sujeción del Derecho a los derechos”,^[59] destacándose la dimensión sustancial y no solo la formal de las elecciones. La democracia no puede sobrevivir sí, por vías legales y democráticas (léase elecciones), los detentadores del poder se apoderan de él y personalizándolo, suprimen las garantías democráticas en la dimensión sustancial que nos lega el orden supranacional interamericano.

III. ¿CONSTITUCIONALIZAR DESCONSTITUCIONALIZANDO EL MECANISMO DE LA (NO) REELECCIÓN? APORTES DE LA DECISIÓN C-124/10 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Un grave peligro actual en América Latina es la denominada “*desinstitucionalización*” que se está observando en la región.^[60] Si bien es cierto que las dictaduras militares forman parte del pasado, es igualmente cierto que se constata una recentralización y algunos gobiernos pueden ser catalogados desde democracias participativas hasta autocracias electorales.^[61] La violación constante de los derechos humanos, la falta de independencia del poder judicial, la

Externado de Colombia, New York-Bogotá, 13 de febrero de 2008. P. Nikken, “La Cooperación Internacional para la promoción y Defensa de la Democracia”, en Agenda para la consolidación de la Democracia en América Latina, San José de Costa Rica, IIDH/CAPEL, 1990, pp. 493-526. Cfr. también P. Carazo, “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en A. von Bogdandy, C. Landa/M. Morales Antoniazzi (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, CEPC/Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Cuadernos y debates 197, Madrid, 2009, p. 231 ss.

[59] L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, p. 52.

[60] A. Mähler, “Wie autoritär ist Lateinamerika?”, *GIGA Focus Lateinamerika*, Nummer 8, 2008, pp. 1-8. Sobre la obligatoriedad para Venezuela de cumplir con el principio democrático, véase A. Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999”, en el libro de D. Valadés/ M. Carbonell (coord.), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; idem, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo, 2000, pp. 7-21; idem, en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, julio 2000, pp. 9-26; idem, *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas, 2000, pp. 63-88.

[61] A. Hadenius/J. Teorell, „Pathways from Authoritarianism“, en *Journal of Democracy*, Nr. 1, 2007, p. 143-156.

inseguridad y alta criminalidad, el Tsunami reeleccionista, entre otros factores, generan serios cuestionamientos en cuanto a la efectividad de la democracia en algunos países, lo cual supone estar alerta para exigir el estricto cumplimiento de la cláusula democrática.^[62] En este contexto, se pasa a examinar uno de los casos concretos que en la actualidad exigen reconstruir o reconceptualizar el contenido de la CDI, como es la garantía de la no reelección presidencial.

3.1. La justicia constitucional frente a la desconstitucionalización

La justicia constitucional latinoamericana,^[63] que actúa en el contexto de Estados poscoloniales, con democracias aún no consolidadas, marcados por una fragilidad institucional, enfrenta retos singulares^[64] como es la tensión que se genera en la relación entre los Tribunales Constitucionales y el Poder Ejecutivo. Un caso específico se plasma en la toma de posición ante la reciente tendencia a “desconstitucionalizar” el mecanismo por excelencia de protección de la democracia latinoamericana, como es la no reelección inmediata del Presidente, para dar paso a la constitucionalización de la reelección.

La mayoría de las Constituciones de los países de América Latina se rigen por el sistema presidencial^[65] en los que la figura del Presidente desempeña un papel predominante.^[66] Este sistema que se inspiró en el modelo constitucional

[62] Para el análisis empírico pueden consultarse la CIDH, Informe por país, Freedom House, Latinobarómetro, The KAF Democracy Report 2006, Berlin, 2006.

[63] Cfr, entre otros, F. Fernández Segado, La justicia constitucional en América Latina, en: La justicia constitucional: una visión de derecho comparado, F. Fernández Segado (ed.), Tomo III, Madrid, 2009, p. 51 ss.

[64] La distancia entre la normatividad y la efectividad de la garantía de los derechos humanos tiene en América Latina especiales implicaciones que deben salvar los jueces. Cfr. L. Pásara, el uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia, Quito, 2008, p. 23 ss.

[65] Jorge Carpizo ha reflexionado sobre la tipología del presidencialismo latinoamericano, sintetizando posturas, entre otras varias, como las de Gómez, (a) el presidente constitucional, b) el caudillo demagógico, c) el guardián militar, y d) el caudillo paternalista), Cumplido (a) el gobierno presidencial de ejecutivo vigorizado, b) el gobierno presidencial parlamentario, c) el gobierno presidencial controlado, d) el gobierno semipresidencial, y e) el gobierno presidencial autoritario), Colomer (a) presidencialismo hegemónico de excepción, b) presidencialismo hegemónico constitucional democrático, c) presidencialismo autónomo, de equilibrio de poderes, y d) presidencialismo con sujeción parlamentaria), Nohlen en referencia al presidencialismo en América Latina (presidencialismo autoritario, el reforzado, el puro, el atenuado y el parlamentarizado), Valadés (sistema presidencial tradicional, transicional y democrático). Cfr. J. Carpizo, Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina, IIJ-UNAM, México, 2007, pp. 189 ss.

[66] Cfr. D. Nohlen (ed.), Presidencialismo versus parlamentarismo. América Latina, Caracas, 1991; idem, El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América

norteamericano, muestra sin embargo una gran diferencia con el presidencialismo de ese país por carecer de los mecanismos de *check and balances*^[67]. No obstante, la creación de los Tribunales Constitucionales en la región introduce un elemento de *check and balance* de altísima importancia para el control del ejercicio de los poderes del Estado. Ha entrado como nuevo actor en la escena política, que asume un rol significativo en el proceso político como órgano constitucional,^[68] y político,^[69] y conlleva al control del ejercicio de los poderes del Estado.^[70] Pero la efectividad y objetividad de dichos Tribunales Constitucionales se ven afectados en el contexto latinoamericano por el fenómeno de la circularidad: por una parte el Tribunal Constitucional participa en la dirección del Estado cuando controla el comportamiento de los otros poderes del Estado, pero por la otra parte, el Ejecutivo controlado pretende controlar al Tribunal Constitucional nombrando jueces afines a su partido político. Particularmente en Latinoamérica, gracias al dominio de una cultura de toma de decisiones jerárquica-decisionista y al fuerte presidencialismo, las estructuras son especialmente proclives al intervencionismo político en la esfera de la jurisdicción constitucional. Las decisiones de los Tribunales Constitucionales en general son interpretadas como

Latina, Caracas, 1998; J. G. Andueza, ¿Presidencialismo caudillista o cesarista?, en: Tendencias actuales del derecho constitucional, 2007, pp. 431-464; D. García Belaunde, Evolución y características del presidencialismo peruano, en: Pensamiento constitucional, Vol. 13, 2008, pp. 95-110; J. Carpizo, Veintidós años de presidencialismo mexicano: 1978-2000, en: Boletín mexicano de derecho comparado, Vol. 34, 2001, pp. 71-99; D. Valadés (ed.), El gobierno en América Latina ¿presidencialismo o parlamentarismo?, México, 2000.

- [67] La sociedad norteamericana es extraordinariamente homogénea, con un bipartidismo consolidado y un federalismo caracterizado por el control que ejercen los poderes locales frente al poder federal. Cfr. A. Acosta Silva, Estado y régimen presidencialista en México: los dilemas de la gobernabilidad democrática, en Transición democrática y gobernabilidad: México y América Latina, J. Labastida Martín del Campo, A. Camou, N. Luján Ponce (eds.), México, 2000, p. 86.
- [68] Robert Alexy habla de la justicia constitucional como representación argumentativa de los ciudadanos, Cfr. R. Alexy, Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, en: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol. 95, N° 2, 2009, p. 162 y s.
- [69] P. Häberle, El tribunal constitucional como poder político, en: Revista de estudios políticos, número 125, 2004, pp. 9-38. Como afirma César Landa, la naturaleza política del Tribunal Constitucional sólo es en definitiva reconocer su rol como creador de derecho. Cfr. C. Landa, Los precedentes constitucionales, injusticia constitucional, N° 5, Lima, 2007, p. 33, 35 ss, disponible en <http://lettere.media.unisi.it/w2d/cora/view/articoli/index.html?radiobutton=h&nonext=1>
- [70] La jurisdicción constitucional presupone una actividad consorciada entre los poderes públicos, de modo que cada uno individualmente y en su conjunto, son responsables de la consolidación de los valores constitucionales y de la realización de la democracia. Cfr. M. C. Hennig, Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. 1ª. ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 210.

“perturbantes”.^[71] Un ámbito de fricción en el que el Tribunal Constitucional se hace mucho más vulnerable a los ataques políticos es justamente en materia de las decisiones relativas a la reelección del Presidente. Como casos paradigmáticos se pueden mencionar la destitución del Tribunal Constitucional peruano durante el régimen de Fujimori (1997),^[72] caso que fue sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), que encontró una violación de los arts. 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)^[73] así como la destitución de Magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Congreso con anuencia del Presidente en Ecuador (2004).^[74]

Sin duda, la justicia constitucional tiene que enfrentar las “arremetidas” destinadas a su debilitamiento. Como es la regla en Latinoamérica, se constata una paradoja: por una parte, el intento de manipulación, incluidas todas las ideologías –incluyendo las décadas de dictaduras como antecedente– bien para “utilizar o depreciar a la jurisdicción”, pero por otra parte, “con su clásica ductilidad manipuladora, cambiar bruscamente el discurso y proclamar su irrestricto respecto a la jurisdicción, cuando consideran que es conveniente en esa coyuntura derivarle un problema político o social, que no tienen solución o que la solución que se le podría deparar afectaría a su clientelismo político.”^[75]

3.2. Aportes de la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010

Colombia es un ejemplo del impacto positivo de la jurisdicción constitucional para el desarrollo del Estado de derecho y la tradición constitucional, que en la doctrina reciente se califica como el cambio de paradigma asumido por la Corte: del imperio de la ley y la Escuela de la Exégesis, al imperio de la

[71] Cfr. D. Nohlen, *Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia*, en: *Tribunales constitucionales y democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. 13 y s.

[72] Para un análisis del caso Cfr. C. Landa, *Crisis de la democracia representativa: a propósito del referéndum sobre la ley de reelección presidencial en el Perú*, en: *Estudios de teoría del Estado y derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, R. Morodo y P. de Vega (Ed.), Tomo III, Madrid, 2000, pp. 2183-2199; H. Wieland Conroy, *La reelección presidencial: análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa*, en: *Constitución de 1993, análisis y comentarios III*, Konrad Adenauer-Comisión Andina de Juristas, Lima, 1996, pp. 197-212.

[73] Para una visión completa cfr. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C 71, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf

[74] Resolución del Congreso Nacional No. R-25-160, de 20 de diciembre del 2004, disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1745#anchor346237

[75] Cfr. E. R. Zaffaroni, *Dimensión política de un Poder Judicial democrático*, en: *La transformación de la Justicia*, S. Andrade Ubidia y L. F. Ávila Linzán (eds.), Quito, 2009, p. 113 s.

Constitución, de los derechos fundamentales y de los principios y valores.^[76] Es paradójico que Colombia tenga un contexto de contrastes y que en medio de tanta violencia exista una fuerte tradición de Estado de derecho y de invocación constante de la supremacía de la Constitución.^[77] La Corte Constitucional de Colombia (CCC), reforzando su reconocida reputación como un actor imparcial y capaz de establecer límites a las actuaciones del poder ejecutivo,^[78] en la Sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010, dictada en el denominado caso del “Referendo reeleccionista”, decidió declarar “inexequible” (inconstitucional) en su totalidad la Ley 1354 de 2009 “por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional” al considerar que, una segunda reelección presidencial sustituye ejes estructurales de la Constitución Política de 1991.^[79]

Un “fallo ejemplarizante”^[80], entre otras razones, porque mediante una decisión de 7 votos a favor y 2 votos en contra, la Corte aprobó su “test de independencia” del poder judicial y ratificó su doctrina de la no sustitución de la Constitución. Según la doctrina de la no sustitución de la Constitución, la CCC sostiene que los principios fundamentales como los de Estado democrático y social de derecho no pueden ser modificados por vía de una reforma constitucional, incluso ni mediante referendo de iniciativa popular. Ello significa que sólo por vía de una Asamblea Nacional Constituyente podría cambiarse totalmente la fisonomía del Estado constitucional de derecho regulado desde 1991. Dice la Corte “De conformidad con lo establecido en su artículo 1º, ante todo la Carta de 1991 define la forma de gobierno, pues indica que el Estado Social de Derecho en ella instituido se organiza como república y a continuación se ocupa del régimen político y, en tal sentido, precisa que esa república es democrática, participativa y pluralista, como ya lo había anticipado en el preámbulo

[76] G. A. López Daza, El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Cuestiones Constitucionales*, Número 24 Enero-Junio, México, 2011, pp. 169-193.

[77] M. J. Cepeda, La Constitución y el juez: nuevos enfoques interpretativos, en *Memorias Constitucionalización del orden jurídico Alemania-Colombia*, M. Herdegen, E. Cifuentes, H. López, H. Torres, M. Morales Antoniazzi, Bogotá, 2010, p. 149.

[78] La Corte Constitucional de Colombia muestra con las decisiones de largo alcance sobre la ley de emergencia (CCT el asunto C-301/93, C-466/95 caso, el asunto C-070/09), el déficit endémico derecho fundamental como es el caso de los llamados “desplazados” (sentencia C-025/04), sobre las medidas económicas del Gobierno (C-700/99 caso) y sus decisiones en materia de derechos fundamentales (A. Julio Estrada, Corte Constitucional (Colombia), en: *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), UNAM, Buenos Aires, 2009, p. 139 ss.

[79] CCC, Sentencia C-141 de 2010, Expediente CRF- 003, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/c-141-10.doc>

[80] En la expresión de Roberto Gargarella.

al señalar que la Constitución se adopta en nombre del pueblo de Colombia, con unas finalidades que allí mismo se enuncian, y “*dentro de un marco jurídico, democrático y participativo*”. Agrega respecto al control estricto adelantado mediante el juicio de sustitución que el mismo es necesario en virtud de que “la autorización de una segunda reelección del Presidente de la República, que conduciría al ejercicio de un tercer mandato, además de ser una situación por completo novedosa en el constitucionalismo colombiano, plantea serios interrogantes acerca de si se mantienen o se sustituyen por otros opuestos, elementos basilares de la Carta vigente, en cuanto constitutivos de su identidad.”^[81]

La CCC, con ocasión de su sentencia C 551/3, ya había señalado que garantizar la libre formación de la voluntad política de la ciudadanía es fundamental dentro de la democracia, y tiene mayor trascendencia cuando se trata del ejercicio del sufragio en un referendo, pues el mecanismo puede ser utilizado para manipular al sufragante con la finalidad de legitimar regímenes autoritarios plebiscitariamente. En efecto, es reconocido en la doctrina el valor de las decisiones de la CCC en materia de interpretación del alcance de los referendo, como mecanismo de democracia participativa, a fin de no ser desvirtuado a favor del gobierno de turno, pues evidentemente si se permitiese contenidos plebiscitarios de las reformas, o las notas introductorias absolutamente inductivas y por tanto violatorias de la libertad electoral, se viola el texto constitucional en concordancia con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que garantiza la libertad del elector.^[82]

Por tanto, proteger el núcleo intangible de la democracia implica, para el caso de la CCC conforme a lo preceptuado en la Carta Política, garantizar que “la alternación constituya una forma de hacer efectivos otros derechos relacionados con el sistema democrático como la libertad de expresión, el libre acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación, la libertad de información, el derecho al voto, el derecho a ser elegido y el derecho a la oposición política ...Por las razones expresadas resulta posible concluir que la alternación en el poder constituye un elemento o componente esencial del modelo democrático establecido por la Constitución de 1991, el cual tiene fundamento (i) en las elecciones periódicas para proveer cargos públicos (Art. 260 de la C. P.), (ii) en los periodos fijos de los cargos de elección popular, (iii) en el reconocimiento mismo de la pluralidad de partidos, movimientos o fuerzas políticas, con igualdad de oportunidades electorales (C. P. arts. 40-3, 107 y 108), (iv) en la existencia de un régimen de oposición (C.P. art. 112); (v) en la garantía de las

[81] C-141-10, p. 442.

[82] J. P. Morales Viteri, Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica, en Neoconstitucionalismo y Sociedad, R. Santamaría (ed.), Quito, 2008, p. 109.

libertades fundamentales, como lo son, la igualdad (C. P. art. 13) y las libertades de expresión y opinión (C. P. art. 20); y finalmente, (vi) en el derecho que tiene todo ciudadano a participar en la conformación y ejercicio del poder político, que se expresa, entre otros, en el derecho a elegir y ser elegido (C. P. arts. 40-1 y 258) y en la posibilidad real de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (C. P. arts. 40-7 y 125).^[83] La CCC destaca que “resulta claro que la introducción de la segunda reelección afecta la igualdad en la contienda electoral por la Presidencia de la República, puesto que el incremento progresivo de períodos presidenciales puede conducir a que un líder se auto-perpetúe en el poder y potencialmente fortalece un círculo vicioso mediante el cual se permitiría la consolidación de una sola persona en el poder.”^[84]

La concepción de la identidad constitucional la perfila la CCC en un sentido inverso al declarar que “Si a causa de la segunda reelección el sistema presidencial corre el riesgo de degenerar en el presidencialismo, si, además, el pluralismo, la participación y la noción de pueblo prohijada constitucionalmente sucumben ante la permanencia en el gobierno de una mayoría y si, por último, los elementos que configuran el modelo republicano se desvirtúan, ello quiere decir que la Constitución de 1991 no sería reconocible en la que llegara a surgir de la autorización de una segunda reelección presidencial.”^[85] Esto implica que no reconocer la Constitución significaría perder su identidad.

3.3. *Comentarios en perspectiva comparada*

Desde el punto de vista del derecho comparado luce interesante este postulado de la CCC sobre la salvaguarda de la identidad constitucional, teniendo en cuenta la conocida Sentencia-Lisboa^[86] del Tribunal Constitucional Federal

[83] C-141-10, p. 460.

[84] C-141-10, p. 478.

[85] C-141-10, p. 485.

[86] Para algunos comentarios críticos a la sentencia Cfr. A. López Castillo Alemania en la Unión Europea a la luz de la Sentencia-Lisboa, de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal alemán, en Revista Española de Derecho Constitucional núm. 87, septiembre-diciembre (2009), págs. 337-360; P. Häberle, La regresiva “Sentencia Lisboa” como Maastricht anquilosada, en ReDCE. Año 6. Núm. 12. Julio-diciembre/2009. Págs. 397-429; T. de la Quadra-Salcedo Janini, La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009, en Revista general de derecho constitucional, N.º. 8, 2009, pág. 12; M. J. Bobes Sánchez, La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Tratado de Lisboa, en Civitas. Revista española de derecho europeo, N.º. 33, 2010, págs. 157-186; C. D. Classen, ¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de procrusto?: Acerca de la sentencia del Tribunal constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa, Teoría y realidad constitucional, N.º 25, 2010, págs. 237-260.

(TCF) que desarrolla el concepto de identidad constitucional.^[87] En dicha decisión, el TCF afirma: “El Tribunal Constitucional Federal comprueba además si el contenido esencial inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental es respetado de conformidad con el artículo 23.1 frase 3 en conexión con el artículo 79.3 LFB (...). El ejercicio de dicha competencia de control, que está basada en el Derecho constitucional, sigue el principio de apertura hacia el Derecho europeo de la Ley Fundamental, y no contradice por ello el principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE versión Lisboa); de otro modo, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas en el artículo 4.2 frase 1 del TUE versión Lisboa, no podrían quedar protegidas en el proceso de progresiva integración. A este respecto, las garantías -tanto la de Derecho constitucional como la de Derecho de la Unión- de la identidad constitucional nacional van de la mano en el espacio jurídico europeo. El control de la identidad posibilita la verificación de si a consecuencia de la actuación de las instituciones europeas resultan lesionados los principios de los artículos 1 y 20 LFB, declarados intangibles en el artículo 79.3 LFB.”^[88]

Desde la perspectiva del principio democrático, la vulneración de la identidad constitucional establecida en el art. 79.3 LFB es al mismo tiempo una usurpación del poder constituyente del pueblo. El poder constituyente no ha dado a los representantes y órganos del pueblo mandato alguno para poder disponer sobre la identidad constitucional. No se ha dado a ningún órgano constitucional la competencia para modificar los principios constitucionales que el art. 79.3 LFB establece como fundamentales. Como se afirma en la doctrina, “al reformular su teoría de los límites materiales en torno a la identidad constitucional nacional entendida como gramática del sozialer Rechtsstaat, el Tribunal está contribuyendo a reiterar la continuidad entre el derecho constitucional comunitario y el derecho constitucional nacional, fijando de este modo lo que en la jerga diplomática se denominan “líneas rojas”, con la diferencia de que éstas no derivan de un cálculo diplomático, sino de la idea misma de derecho constitucional democrático”.^[89]

[87] La concepción del control de la identidad constitucional encuentra antecedentes en el marco del control de los derechos fundamentales, centrado en el llamado contenido esencial o nuclear de la Constitución (Verfassungskerngehalte). BVerfGE 37, 271 <279 f.>: “Grundstruktur der Verfassung”, “Identität der geltenden Verfassung”, “unaufgebbares Essentiale der geltenden Verfassung”. El TCF en la sentencia Lisboa hace mención a la jurisprudencia anterior como BVerfGE 75, 223 <235, 242> - Solange I; 89, 155 <188> - Solange II; 113, 273 <296> - Europäischer Haftbefehl -orden de detención europea).

[88] BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, párr. 240.

[89] A. J. Menéndez, La Unión Europea en el espejo de Lisboa. La sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán en clave constitucional europea. Conferencia del 18.02.2010, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Garantizar la intangibilidad del núcleo de la democracia y no permitir el vaciamiento de su contenido es un cometido fundamental de la justicia constitucional. Vincular esta garantía con la alternancia en el poder, especialmente en el contexto de los regímenes presidencialistas latinoamericanos, adquiere una significación mayor y deja en evidencia cuando el poder judicial doblega su autonomía frente al ejecutivo todopoderoso. Un ejemplo en este sentido negativo se constata en el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de Venezuela,^[90] que declaró en su decisión N ° 53 de 03 Febrero de 2009 que el referéndum propuesto por el Presidente para la reelección indefinida era constitucional, a pesar del rechazo de la reforma constitucional de 2007 en la que estaba contemplada esta materia.^[91]

En este punto es de gran relevancia la decisión adoptada por la CorteIDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*^[92] al advertir que aún cuando una ley tenga el

[90] El poder judicial no como un tercer poder, sino como un poder de tercera. Parafraseando a Héctor Fix-Fierro en el análisis de la realidad mexicana. Cfr. H. Fix-Fierro, “La reforma judicial en México ¿De dónde viene? ¿Hacia dónde va?”, Documento de Trabajo núm. 31, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002. Las críticas a la justicia constitucional en Venezuela se han expresado en la doctrina en lo concerniente al funcionamiento de la Sala Constitucional del TSJ. Cfr. J. M. Casal H., Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), en: *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), UNAM, Buenos Aires, 2009, pp. 503-527. Allan Brewer-Carías habla de la “in” justicia constitucional en el sentido del juez constitucional sometido al poder político, Cfr. A. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, EJV, Caracas, 2007.

[91] La Constitución de Venezuela regula en el Art. 340 que “La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental”. Pero el Art. 345 dispone: “Se declarará aprobada la Reforma Constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional. Por su parte, el Art. 6 regula el principio democrático y dispone: “El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”. En el recurso de interpretación ante el TSJ se solicitó interpretar “El alcance del concepto jurídico indeterminado ‘estructura fundamental’ de la Constitución, y en particular que se aclare si a través de una Enmienda Constitucional puede permitirse la reelección presidencial ilimitada, a pesar de que uno de los principios básicos de nuestro sistema de gobierno es la alternabilidad; y 2.- El alcance de la limitación contenida en el artículo 345 de la Constitución, a los fines de determinar la posibilidad de modificar (vía enmienda) el artículo 230 de la Constitución, para establecer la reelección ilimitada del Presidente de la República, cuando esta misma modificación ya fue rechazada por la voluntad popular el 2 de diciembre de 2007, un proyecto de reforma que contenía la misma modificación que ahora se quiere volver a plantear. El TSJ decidió la constitucionalidad del referendo para la enmienda constitucional. Cfr. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/5-2009/5-8.pdf>

[92] Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

respaldo vía referéndum, este hecho no “le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley...se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.”^[93] Más adelante la CorteID sigue destacando que “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana^{[1].[94]} La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.”^[95]

Sin duda, se trata de un avance audaz, como lo hace regularmente la CorteIDH, pues destaca los elementos y fundamentos de la Carta Democrática Interamericana como parámetros sustanciales a la libertad de configuración del legislador, aunque se trate de la voluntad popular expresada en referéndum, lo que significa que en un régimen democrático deben respetarse las reglas que limitan el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías. La Carta Democrática consagra el derecho a la democracia y los gobiernos tienen la obligación de promoverla y defenderla (Art. 1 CDI). Si se extrapola el argumento de la CorteIDH, puede sostenerse que en el caso del referéndum por el que se aprobó la enmienda constitucional que permite la reelección indefinida en todos los cargos de elección popular en Venezuela,^[96]

[93] Idem, § 238.

[94] *Cfr.* Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001.

[95] Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, § 239.

[96] El resultado arrojó 54,85% a favor del sí y 45,14% a favor del no. La pregunta consultada fue: ¿Aprueba usted la enmienda de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución de la República, tramitada por la Asamblea Nacional, que amplía los derechos políticos del pueblo, con el fin de permitir que cualquier ciudadano o ciudadana en ejercicio de un cargo de elección popular, pueda ser sujeto de postulación como candidato o candidata para el mismo

el Estado sería responsable de haber promovido, incluso por un mecanismo de democracia directa como el referéndum, la alteración del orden democrático consagrado en la propia Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Se ha alterado uno de los elementos esenciales de la democracia como es la alternancia en el poder, con el aval del Tribunal Supremo de Justicia y al no garantizarse los derechos fundamentales de él derivados, límite infranqueable del poder de la “mayoría”, no se está salvaguardando la democracia en su dimensión material. Cabe destacar que el Art. 23.1 de la CADH tiene por objeto garantizar que cualquier ciudadano pueda participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal y por voto secreto, y de tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas. Los estudios empíricos demuestran que, “aplicando el enfoque neoinstitucional, y los postulados de Rawls sobre el velo de la ignorancia, se sostiene que entre más alejados de su diseño e implementación estén los hacedores de políticas públicas y sus copartidarios, el diseño constitucional será más justo”.^[97] En esta era de la democracia y el respeto de los derechos humanos debe rechazarse categóricamente la personalización del poder público que atente contra la alternabilidad en los mandatos.^[98] En contextos democráticos débiles, en particular la historia de caudillismos y dictaduras en América Latina,^[99] dejan notar que el actual fenómeno reeleccionista de Presidentes emerge del personalismo político e incrementa la corrupción, en lugar de ampliar los derechos políticos de los ciudadanos.

cargo, por el tiempo establecido constitucionalmente, dependiendo su posible elección, exclusivamente, del voto popular? Fuente: Consejo Nacional Electoral de Venezuela. Disponible en Internet: http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_enmienda_2009/ (consulta: 10.02.2011).

- [97] R. Velásquez Gavilanes, M. A. García Ruiz, G. E. Arjona Pachón, Reección inmediata de alcaldes y gobernadores: Ventajas, riesgos y recomendaciones de política, en: *Vniversitas* N° 109, Bogotá, Colombia, pp. 533-582, 534.
- [98] A. Aguiar, El derecho a la democracia. La democracia en el Derecho y la Jurisprudencia Interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia, Colección Estudios Jurídicos, N° 87, Editorial Jurídica Venezolana/Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Caracas, 2008, p. 410.
- [99] Desde comienzos del siglo XX y tomando como ejemplo la “República Autocrática” en Perú, se advierte en la doctrina de los peligros de la reelección en países con fragilidad e inestabilidad institucional. Cfr. P. Planas, La lucha por el Estado de derecho en el Perú (La reelección forzada y el referendun desvirtuado), en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer, Colombia, 1997, pp. 465-484, 466.

IV. REFLEXIÓN FINAL: RECONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA ALTERNANCIA DEL PODER COMO DESAFÍO

La democracia, en su dimensión material, implica que tanto los órdenes como las realidades constitucionales deben garantizar la pluralidad política, las elecciones libres y secretas, un sistema que facilite la alternancia del poder; debe estar asegurada la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el respeto del Estado de Derecho, debe, en definitiva, regirse por la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad, la pluralidad y la igualdad entre mujeres y hombres, debe protegerse a los grupos más vulnerables. En la praxis, con algunas excepciones, la democracia y los derechos humanos, especialmente los derechos sociales fundamentales, se han erigido como un símbolo de la consolidación de un “constitucionalismo social regional”, que no admite regresión, sino que debe regirse por la progresividad y la justiciabilidad.

Los aportes de las Constituciones estatales, de los instrumentos internacionales e interamericanos (en particular la Carta de la OEA, Declaración Americana, Convención Americana, CDI) y el acervo jurisprudencial nacional y supranacional han perfilado los contornos del principio democrático. La existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, como lo sostiene la CorteIDH. En su alcance sustancial de “cláusula de corte transversal”, que condicionan la totalidad de los órdenes jurídicos, se entiende que el principio democrático involucra a todos los poderes públicos en su división horizontal y vertical.

Esta realidad constitucional positiva y esperanzadora, enfrenta sin embargo desafíos importantes en virtud de las amenazas de desconstitucionalización del acervo común en materia de democracia y derechos humanos. De allí que vías como la explorada por la Corte Constitucional de Colombia en torno al control de la identidad constitucional y a la salvaguarda del núcleo intangible de la democracia –para no permitir una sustitución del texto constitucional en el caso de la reelección presidencial– pueden ser fórmulas útiles para detener dicha desconstitucionalización que ha tenido lugar mediante la constitucionalización de la reelección.

Los argumentos utilizados por la Corte Constitucional de Colombia permiten reconstruir el principio democrático y su vinculación con la alternancia en el poder. La CCC dispone en su sentencia que de acuerdo con la definición preceptiva que se desprende del texto constitucional, Colombia es una democracia participativa, representativa y pluralista, rasgos consustanciales a la realización de elecciones transparentes, periódicas, inclusivas, competitivas e igualitarias, y que los representantes populares ejercen sus competencias “por un período

señalado por la Constitución o la ley, es decir, no son elegidos por un plazo indefinido o para que se perpetúen en el ejercicio del poder, sino que periódicamente han de llevarse a cabo elecciones para proveer sus plazas. La idea misma de representación va ligada por lo tanto a los períodos fijos y a las elecciones periódicas.”

Al referirse a la doble dimensión de la alternación, la Corte afirma que sirve “(i) como eje del esquema democrático y (ii) como límite al poder político. En el primer sentido, en una democracia toda autoridad es rotatoria, lo que se constata en el ordenamiento actual, en el cual no hay previstos cargos de elección popular vitalicios, pues para todos ellos, sin importar su rango, se establece un término fijo señalado por la Constitución o la Ley.” Para la Corte, los períodos constitucionales y legales predeterminados reflejan los límites temporales del ejercicio del poder político así como su necesidad de control, para evitar “la concentración que resultaría de la posibilidad de detentarlo de manera indefinida. El carácter periódico de las elecciones obliga a los elegidos a rendir cuentas ante los electores, de manera tal que el mandato de los primeros sólo será renovado - de estar prevista la reelección - cuando logren concitar el apoyo de los últimos, así mismo justifica la previsión de mecanismos para exigir la responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal de los elegidos.”

Otro argumento válido para la reconstrucción de la alternancia en el poder, conforme a la Corte, es que “debe estar garantizada la posibilidad de que distintos partidos o corrientes ideológicas accedan al ejercicio del poder, es decir, las elecciones periódicas y los períodos fijos son, a su vez, una de las garantías del principio del pluralismo político.” Con ello, se alcanza la rotación en el poder y la salvaguarda de la libertad de elección de los asociados y demás garantías que aseguran la igualdad de condiciones para los demás candidatos, partidos o movimientos políticos. Agrega la CCC “Lo anterior conduce a que la alternación constituya una forma de hacer efectivos otros derechos relacionados con el sistema democrático como la libertad de expresión, el libre acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación, la libertad de información, el derecho al voto, el derecho a ser elegido y el derecho a la oposición política.”

Las afirmaciones de la CCC son válidas para Latinoamérica si se admite que los cambios de rumbo de la no reelección a la reelección (hasta indefinida) no obedecen a un diseño constitucional basado en argumentos jurídico-políticos, sino son producto de la personalización del poder, que acarrea el riesgo de conducir a la región a nuevas formas de autoritarismos. La personalización de la representación, es, en esencia, anticonstitucional. Tal como la doctrina advierte, incluso en otras latitudes distintas a la latinoamericana, las demagogias populistas y autoritarias soportadas sobre la base de la omnipotencia del “jefe” como voz y expresión orgánica del pueblo son a la vez anticonstitucional y antirrepresentativa y tienen lugar en un proceso deconstituyente: la democracia

degenera en sentido plebiscitario y con riesgos muy peligrosos como reducir los partidos políticos a comités electorales del líder, una relación directa de esto con el pueblo mediante la televisión, descalificación de las normas y de los límites constitucionales al poder del gobierno, la excepción de la emergencia se convierte en la regla para la administración de los asuntos públicos, el rechazo a la separación de poderes y al control jurisdiccional,^[100] todo bajo el supuesto amparo de la democracia política, ya que el mandatario de turno ha sido electo.

Si se comparte con Habermas la sugerencia de interpretar la democracia como un proceso histórico de autocorrección de la Constitución,^[101] donde la democracia sirve para la realización y actualización de los valores constitucionales, no hay duda alguna que en el contexto latinoamericano el valor fundamental es el respeto de los derechos humanos, incluidos los DESC, en el marco de una estructura de separación de poderes y de la fijación de sus límites. Enfocar pues el límite máximo de ejercicio del poder por un solo Presidente no es aleatorio, sino que emerge como un punto cardinal en la preservación de la democracia en la región. ¿Por qué? Porque pueden representar la línea sutil que separe dictadura y democracia. Ilustrativas fueron las palabras de Simón Bolívar en su Discurso de Angostura en 1819 “La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo; de donde se origina la usurpación y la tiranía. Un justo celo es la garantía de la libertad republicana, y nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente.”

* * * * *

[100] Respecto a las aporías de la concepción puramente formal de la democracia, las ideas de Luigi Ferrajoli en el contexto italiano resultan paradigmáticas para el contexto latinoamericano, haciendo la salvedad que en ese país rige, conforme a la Constitución, un sistema parlamentario. L. Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, 2011, p. 46 ss.

[101] J. Habermas, *Constitutional democracy. A paradoxical union of contradictory principles?* *Political Theory*, Vol. 29, No. 6, 2001, p. 29.

EL DERECHO AL OLVIDO. LA INFLUENCIA DEL TIEMPO EN LA DETERMINACIÓN DE UN ASUNTO NOTICIOSO QUE YA NO ES PÚBLICAMENTE RELEVANTE. LA DOCTRINA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

MARTHA C. PAZ*

Funes, el memorioso personaje de Borges, sufre un mal que lo aqueja desde joven: no puede olvidar nada de lo que ve, siente o piensa a lo largo de su vida. Es una verdadera pesadilla descrita de la mano del genial escritor argentino que nos ayuda metafóricamente a entender el peso que tiene *no olvidar*.

Hoy el mundo se estremece con la casuística que nos muestra cómo lo que la mente olvida, el Internet, la prensa o los archivos periodísticos lo recuerdan, en especial claro está, cuando lo mencionado afecta de manera negativa la vida de una persona. Este año, España se sorprendió con la remembranza del caso *Guidotti Russo*. En 1991, el periódico español El País publicó un artículo cen-

* Magistrada Auxiliar (Letrada) de la Corte Constitucional Colombiana y docente en la Universidad del Rosario en Bogotá en el área de Hermenéutica Constitucional, líneas jurisprudenciales y acción de tutela. Abogada, con Maestría en Filosofía de la Universidad Javeriana de Bogotá; Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes en la misma ciudad; Master en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid (España); Diplomada en Derecho Médico y Bioética; Especializada en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca (España), Especializada en Derecho Americano de la Universidad de la Florida; egresada del programa PIL de la Universidad de Harvard (Boston,Mass.) actualmente cursa el Diploma de “Argumentación Constitucional con Perspectiva de Género” del Instituto Flacso de México y es promotora en su país de las redes de diálogos interinstitucionales del poder judicial habiendo hecho estancias judiciales *in situ* en el Tribunal Constitucional Español y la Corte Suprema Argentina. Autora de artículos en materia constitucional y filosofía del derecho.

trado en una disputa entre Guidotti, un cirujano plástico madrileño y una de sus pacientes en relación a una cirugía de seno que supuestamente fue mal realizada. El titular decía en esa época: “*El riesgo de querer ser delgada*”. Veinte años más tarde, el doctor Guidotti Russo sostiene, que la historia de la discusión es información personal cuya publicidad afecta su imagen y quiere purgar un artículo de Google donde aparece en la primera página de resultados cuando se hace una búsqueda de su nombre. Guidotti se ampara en el derecho que tenemos todos a olvidar. Derecho que no es nuevo ni reciente, porque siempre ha existido el deseo de que se pueda trazar un manto de oscuridad sobre algo que no merece la pena recordar.

Antes de que se lo reconociera legal y jurisprudencialmente, la doctrina doméstica y extranjera había fundado el derecho al olvido en varias premisas (i) por ejemplo en argentina con el famoso caso *Sejean* donde la Corte Suprema de la Nación indicó que se encuentra dentro del espíritu del art. 16 CN. y de las leyes dictadas en su ejercicio, “*la reinserción en el cuerpo social de quienes han delinquido, y en general, el brindar aun a quienes son víctimas de sus propios desaciertos la posibilidad de recomponer su existencia*”^{[1](ii)} y en Colombia en el ámbito de los datos crediticios, cuando éstos eran muy antiguos, el reciclaje de una información financiera negativa respecto a un deudor en mora, ya no cumplía la finalidad para la cual había sido recopilado.

Efectivamente, en Colombia, la figura del *derecho al olvido* ha sido tratada por la Corte Constitucional Colombiana desde la Sentencia T- 414 del 6 de junio de 1992^[2] hasta hoy, y sugiere que las informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad, en consecuencia, después de algún tiempo deben desaparecer totalmente del respectivo *banco de datos*, adquirien-

[1] Corte Suprema de Argentina, 27/11/86, “*Sejean, Juan B. v. Zaks de Sejean, Ana M. s/inconstitucionalidad del art. 64 ley 2393*” (ALJA [1853-1958] 1-151) (Fallos 308-2286, consid. 13 del voto del Dr. Fayt, p. 2291); JA 1986-IV-587, (consider. 13 en p. 590).

[2] Las decisiones de la Corte Constitucional son básicamente de dos tipos: las sentencias de constitucionalidad, o de control abstracto de las leyes, cuya numeración se inicia con una “C”, y las decisiones de tutela, el nombre que se ha asignado en Colombia al recurso de amparo o de protección, que son aquellas que se inician con una “T”. Las sentencias de constitucionalidad son pronunciadas por la Sala Plena de la Corporación, integrada por 9 magistrados, mientras que, por lo regular, las sentencias de tutela son expedidas por las distintas Salas de Revisión existentes, integradas cada una de ellas por 3 magistrados, salvo cuando se decide unificar la doctrina constitucional en tutela, caso en el cual conoce también la Sala Plena. En esos eventos, las sentencias se denominan “SU”. Las sentencias de esta Corte Constitucional se identifican entonces por tres elementos: el encabezado, (“C”, “T” o “SU”) que indica el tipo de proceso y decisión; un primer número, que corresponde al orden secuencial en un año determinado; y un segundo número, que especifica el año. Así, la sentencia T-002/92 es la segunda sentencia emitida por la Corte en 1992, y corresponde a una tutela, decidida en una Sala de Revisión de tres magistrados.

do entonces los beneficiarios la titularidad de un verdadero *derecho al olvido*. Corresponde la anterior a una reiterada línea jurisprudencial que la Corte Constitucional en Colombia ha mantenido bajo el siguiente dictado: quien con el cumplimiento de sus obligaciones logra crear un nombre que en el pasado no ostentó, tiene derecho a exigir que su esfuerzo se refleje en la información que se divulga sobre él. El *derecho al olvido*, ha dicho la jurisprudencia, supone la garantía de restablecer el buen nombre y desde la perspectiva de la dignidad del deudor, reclama que la valoración de su conducta se realice en consideración a su condición humana, eje desde el cual las personas pueden en todo tiempo recuperar su nombre e intimidad por haber enmendado su conducta.

En ese orden, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Colombiano sobre el *derecho al olvido* de la información negativa, se habían limitado a la relación de las personas con entidades financieras y de crédito hasta la sentencia C-1066 del 3 de diciembre del 2002^[3] cuando la Corte estimó que, con base en el artículo 15 de la Constitución Política, los criterios relativos a la caducidad del dato negativo para actividades financieras, debían ser igualmente aplicables a la información recogida en archivos de entidades públicas o privadas referidos a otro tipo de actividades. La interpretación constitucional, en una clara aplicación analógica, extendió los efectos de la figura señalando, que el derecho de las personas al olvido de la información negativa también era menester predicarlo al registro unificado de antecedentes disciplinarios que lleva la Procuraduría General de la Nación, órgano encargado en Colombia de investigar disciplinariamente a empleados y funcionarios del Estado. Fijó esa doctrina un término razonable de caducidad, de manera tal, que los servidores públicos, los contratistas del Estado, los particulares que ejercen funciones públicas y cualquier persona que hubiese tenido alguna de tales calidades, no quedara sometida indefinidamente a los efectos negativos de un registro caduco.^[4]

En el año 2009, en una sentencia con claros rasgos de *leading case*,^[5] la Corte Constitucional Colombiana, amplió el canon hermenéutico, ésta vez de cara a la libertad de información y haciendo acopio de los contornos del *derecho al olvido* señaló, que el significado de una acción o de un acontecimiento varía a lo largo del tiempo, por ende, si la directa conexión de una persona a un acontecimiento de interés informativo justifica la difusión de sus datos personales, va de suyo que la legítima injerencia en su esfera privada sólo podrá dilatarse durante el tiempo en que dicho interés subsista. Aunque no lo dice expresamente la sentencia, es claro que plantea implícitamente la imposibilidad de que una

[3] M. P. Jaime Araujo Rentería

[4] 713 de 2003

[5] T-439 de 2010 M.P. Jorge Pretelt Chaljub

noticia que revele la intimidad de una persona en hechos ocurridos hace muchos años, resulte luego de inusitado interés público, pues difícilmente puede un *-dato obsoleto que descubre intimidades personales-* contribuir a fomentar la opinión pública y la participación en la vida colectiva, éstos en últimas, los verdaderos sentidos de una legítima información.

Estimó la Corte que una información desfasada en el tiempo pero que aún no se ha olvidado, puede impedir la realización de caras garantías constitucionales a los afectados. Ello, porque la *relevancia del paso del tiempo* en el marco de la libertad de información, está mediada no solo por la oportunidad en los hechos revelados, sino por el impacto que tales difusiones causan en la vida de los involucrados, al punto de que sus condiciones de vida presentes empiecen a depender de lo que se hizo en el pasado.

En el caso de marras, la Corte ilustra con maestría varias causas extranjeras, teniendo presente que el recurso al derecho comparado es bienvenido en el ordenamiento colombiano en la medida en que facilita la comprensión de determinadas instituciones jurídicas; tanto más en cuanto nos encontramos en un mundo globalizado, en el cual son cada vez más frecuentes las recíprocas influencias entre los diversos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, ha precisado el alto tribunal colombiano que los precedentes de derecho comparado o el apoyo en la casuística extranjera, sólo se alzan como un criterio auxiliar de interpretación, en tanto lo determinante en materia de hermenéutica constitucional es partir del texto de la Carta Política Colombiana y de la realidad que constituye el objeto de regulación.

El caso fue motivado por una acción de tutela, fallada por la Corte Constitucional y decidido a favor de su peticionaria. La señora Anastasia^[6] demandante por vía de acción de tutela, consideró que la Cadena de Televisión Colombiana Caracol y la Revista “Semana” violaron sus derechos fundamentales a la intimidad, imagen, honra y buen nombre por haber emitido en un documental transmitido para todo el país en el año 2008, una entrevista realizada desde el año 1996 en la que la accionante había solicitado ocultamiento de su rostro y distorsión de la voz, porque en la entrevista se referiría a su condición de prostituta en una zona del país en donde se hacía intercambio de cocaína por sexo.

A pesar de que la peticionaria afirmó que en el año 1996, recién hecho el reportaje, éste se emitió de acuerdo a lo convenido, es decir ocultando su rostro, en el año 2008 la entrevista sí develó la cara y la voz de la peticionaria

[6] Nombre adaptado a este artículo para preservar el derecho a la intimidad de la accionante; en las sentencias publicadas por la Corte en casos similares tampoco se hace mención al nombre real de los peticionarios siguiendo reiterada costumbre de esa Corporación en los casos en los cuales se tratan temas sensibles relacionados con datos de la vida privada de los peticionarios.

causándole irreparables daños en su núcleo familiar en tanto se trataba de datos “sensibles” de su vida pasada, desconocidos por su núcleo familiar. Solicitó en consecuencia al juez constitucional, el retiro del mercado del documental referido, pese a que el daño causado había sido ya de gran repercusión en su vida.

Estimó la Corte al resolver el juicio de amparo, que cuando el documental dio a conocer particularidades de la vida de la accionante acaecidas 12 años atrás quedando expuesto su rostro y su voz, violó un pasado íntimo que 12 años después no tenía ninguna repercusión social ni se erigía en información que interesara a la opinión pública. Por esta vía, señaló la sentencia, el documental infringió el principio de imparcialidad y se apartó del deber de fiscalización sobre los hechos de interés público, misión inherente a la praxis informativa en un sistema democrático,^[7] que exigía una constatación de si la entrevista a la accionante de frente a las cámaras, sin cubrir su imagen, narrando intimidades, era un valor agregado al documental y si algo aportaba al interés de la sociedad. Además de lo anterior, se violaron otros derechos de gran calado constitucional como fueron la intimidad, la propia imagen y el sagrado principio *pro infans*, por el daño que por igual se causó a los hijos de la accionante.

Para sustentar el fallo, la Corte se armó efectivamente de un precedente conocido en la praxis jurisprudencial alemana condensado en la sentencia del Landgericht de Berlín de 19 de noviembre de 1996, en donde el *factor tiempo* fue un argumento empleado para sostener la vulneración de la esfera privada por parte del medio que desveló que un conocido presentador televisivo había rodado películas porno veinte años atrás: el Tribunal Constitucional Alemán sostuvo, “*que el derecho del afectado a que se dé una información correcta sobre su persona incluye «que no se ponga constantemente en conexión esta parte de su pasado con su vida privada actual, porque no hay absolutamente ninguna relación entre ellos. Su comportamiento de hace más de veinte años no guarda ninguna relación con su actividad actual y, dado el tiempo transcurrido, tampoco permite extraer ninguna conclusión sobre la personalidad del recurrente»*”^[8].

En otro caso más extremo, igualmente citado por la jurisprudencia colombiana en el *sub lite*, el Tribunal Alemán indicó que el “*efecto reflejo de la garantía constitucional de la personalidad no permite, a los medios de comunicación informar indefinidamente sobre la persona de un acusado y su esfera privada. En vez de ello, cuando el interés en recibir información ha sido satisfecho, su derecho a ser dejado en paz, gana en principio, importancia creciente y limita el acceso de los medios y del público de hacer de la esfera individual*

[7] T-626 de 2007.

[8] NJW 1997, pág. 1156.

de su vida el objeto de discusión. Incluso culpable una persona sigue miembro de una comunidad y retiene su derecho constitucional a la protección de su individualidad.^[9]

A pesar de que la casuística estadounidense es ajena a prohibir la publicación de lo que en su momento ya fue público y es refractaria a cualquier tipo de *matización en el tiempo* frente a lo que aparece *disponible públicamente*, un caso paradigmático sirvió a la argumentación de la sentencia colombiana T-439 de 2009 y se trajo a colación un precedente ilustrativo de ese *tort of law*. Es el *leading case* estadounidense *Melvin v. Reid* o del *Kimono Rojo*: ocho años después de que una mujer que ejercía la prostitución saliera absuelta de un proceso por homicidio, se realizó una película basada en estos hechos en la que se utilizó su nombre de soltera; en ese momento, la afectada había contraído matrimonio y su nuevo círculo de amistades desconocía por completo aquellos acontecimientos de su vida pasada. La actora accionó por invasión a la privacidad y el tribunal, basándose en una cláusula constitucional del estado de California que otorgaba a todas las personas el derecho de “procurar y obtener la felicidad”, hizo lugar a la demanda. El Tribunal Californiano de apelación apreció efectivamente la vulneración de la privacidad, enfatizando especialmente la circunstancia de que la película interfería en la rehabilitación de la demandante. Indicó que *el tiempo* es un factor a considerar para determinar si la publicidad alcanza límites irrazonables al revelar hechos sobre una persona que ha reanudado su vida privada normal y legal llevada a cabo por la gran mayoría de la comunidad.^[10] La decisión se fundamentó en el uso sin autorización del anterior nombre de la actora para hacer una película sobre su vida pasada. El Tribunal de California entendió que se estaba revelando un hecho verdadero, pero era innecesario utilizar el nombre de la actora y la revelación de su pasado a sus nuevos amigos y asociados; ello introdujo un elemento que en sí mismo era una transgresión a su derecho a la privacidad. Concluyó que el uso y difusión de un dato verdadero puede ser violatorio de la intimidad y reserva de un individuo, cuando éste tiene cierta antigüedad.

Otras causas no citadas en la sentencia colombiana pero que abundan en el derecho comparado, avalan la tesis sostenida en el fallo de la Corte Constitucional Colombiana. En la sentencia 1276-09 de la Corte Suprema de Costa Rica, también es célebre un caso referenciado como “*abuso a la libertad de información por parte de un medio de comunicación*”. Se lee en el fallo del año 2009, que en 1988 una persona fue sentenciada a cumplir 10 años de prisión, y una vez cumplida la sentencia se reincorporó a la sociedad. Sin embargo, en agosto

[9] Citado por Markesinis, *The German Law of Torts*, pag. 397

[10] Véase sobre esta decisión Alfred Hill “*Defamation and Privacy under the first amendment*”, pag. 159

de 2008, en el noticiario de las 19:00 horas, se publicó una nota que se tituló “*Robo de Identidades*” donde se utilizó su nombre completo y una fotografía para ilustrar el reportaje. Agrega que para dicha publicación el periodista -con la venia de la directora del noticiario recurrido- utilizó una foto que actualmente consta en el Archivo Judicial. Alega que el periodista se refería a él como “*expresidiario y delincuente*” mientras mantenía su fotografía en la pantalla en donde se podían apreciar todos sus rasgos personales y su nombre. Indicó que dicha publicación era ofensiva y la misma fue emitida en un horario de gran concurrencia televisiva, provocándole un evidente daño moral a él, a su entorno laboral y a su familia.

Omitió la sentencia colombiana la referencia al caso Lebach,^[11] uno de los más emblemáticos quizás de la doctrina alemana y el que mejor ejemplifica la sensibilidad con que se afronta en ese país la tensión entre libertad de información y los derechos de la personalidad, al punto de tender igualmente hacia el *derecho al olvido*. Se quería emitir en un horario de máxima audiencia un reportaje de televisión sobre un asesinato que se había cometido años atrás y que había despertado mucho interés en la ciudadanía. En el curso de dicho reportaje se pretendía difundir la imagen de su autor así como identificar su nombre, y ello poco antes de que el mismo fuese liberado de prisión tras haber cumplido la condena. Para el Tribunal Constitucional Federal, ni la difusión de su imagen ni la mención de su nombre ni ningún otro dato identificador podían justificarse luego de tanto tiempo, al socaire del interés informativo puesto que ello era contrario al interés que éste tenía en volver a la sociedad, integrarse y resocializarse.

Lo que merece destacarse de los precedentes extranjeros y ahora del caso colombiano, es la prohibición que impone la jurisprudencia colombiana del *arrastre de la memoria* a hechos actuales, y la veda de que una vez que una noticia se publica y cumpla su cometido no debe tener la aptitud perenne de publicarse siempre y en cualquier momento, menos aun tratándose de situaciones que comprometen la honra y la dignidad de personas sin ninguna proyección pública y que carecen de interés informativo. El apotegma de una *vez desnudo siempre desnudo*, que habilita a que la noticia quede siempre al aire y disponible porque se dio a conocer una primera vez, es violatorio de las garantías fundamentales señaladas, amén de que la persona implicada queda *prisionera* de su pasado y se le frustra y aborta el interés en iniciar una nueva vida o reincorporarse a la sociedad. Tal objetivo no puede verse sorpresivamente truncado por informes noticiosos que bien pueden prescindir del rostro de su protagonista cuando para la información es irrelevante qué tipo de cara o qué color se tiene.

[11] BVerfG 35, 202 y ss. Citado por Manuel Medina Guerrero, “La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación” Tirant monografías. Valencia 2005.

Se trata entonces, de una sentencia paradigmática que tensa el derecho al olvido con la libertad de información y privilegia que el interés en la resocialización o el propósito de iniciar una nueva vida conforme a la libre elección de cada cual, opera como un “*decisivo punto de orientación*” para precisar los límites temporales respecto a la difusión de un reportaje noticioso. Los datos expuestos por la accionante en el caso que ocupó la sentencia T- 439 de 2009 en punto a los daños irreparables en su vida familiar estaban suficientemente demostrados en las probanzas analizadas por la Corte y que tenían que ver principalmente con la decisión de su divorcio y la descomposición de su familia; el marido solicita la separación al ver el video y el estado emocional de sus hijos con posterioridad a la difusión del mismo es deplorable, puesto que se revelaron datos que si bien fueron ciertos en un momento dado, en la actualidad no correspondían al *ser humano y social* que la señora Anastasia había construido con su familia y sus hijos en 12 años, correspondiendo a una clara distorsión de su propia identidad.

La sub regla derivada de este caso estriba en que el *derecho al olvido* inherente al derecho a la intimidad bien puede predicarse de la información negativa y oprobiosa que consta en los archivos periodísticos. Ordenamientos como el español^[12], han barajado también esta tesis para significar que el transcurso del tiempo extinguiría la relevancia pública de ciertos acontecimientos y circunstancias, especialmente los que envuelven conductas denigrantes, deviniendo así constitucionalmente inaceptable la nueva divulgación de los mismos cuando los hechos están en el *baúl de los recuerdos*.

Desde esta sentencia, el *derecho al olvido* también busca abrirse campo en materia de libertad de información cuando existe tensión entre el derecho a la intimidad y a la propia imagen y el derecho a informar de manera veraz e imparcial. Deberá predicarse este derecho frente a datos que constan en los archivos de los medios de comunicación, que corresponden en particular a la información negativa de una persona, como en este caso, en donde la accionante muestra su rostro y su voz ante un testimonio desgarrador de su vida realizado doce años atrás y que con el tiempo debió desaparecer porque no aportaba nada a la opinión pública ni satisfacía un interés general. La relevancia pública es entonces el marco que la noticia o el reportaje no debe desbordar cuando se trata de personas sin ningún anclaje noticioso ni notoriedad pública alguna.

Se infiere del fallo, que la libertad de informar, casi que *blindada* de cualquier censura y limitación en muchos países, incluido el colombiano, debe ser indudablemente protegida cuando se ejercite en conexión con asuntos que son de interés general; por el contrario, la eficacia justificadora de esa libertad pier-

[12] La libertad de Expresión y sus límites. Xavier O’callaghan, pag. 106.

de su razón de ser en el supuesto de que se ejercite, como en el caso analizado, en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión es innecesaria para la formación de la opinión pública libre y responsable.

La sentencia analizada, aprovecha igualmente el análisis del caso para proteger el derecho a la intimidad, el derecho a la personalidad y el derecho a la propia imagen, reductos que deben ampararse en los casos en los cuales se apele al *derecho al olvido*. Estimó la sentencia, frente a los detalles que cualificaban la imagen de la accionante 12 años después de realizada la entrevista, que la publicación de datos sensibles^[13], así hayan sido *confesados* por la persona interesada en un determinado momento y frente a una circunstancia específica de su vida, es contraria al derecho a la intimidad si no se cuidó su anonimato. De lo que se trata no es de preservar tan sólo la veracidad de la información, sino el debido respeto que debe caracterizar la forma externa de su presentación tanto por consideración a la sensibilidad del público, como por el factor de dignidad humana que hace parte de los derechos de toda persona y que resulta afectado cuando se difunden sin ninguna prevención, imágenes caducas y relatos íntimos obsoletos, que acaban difamando a las personas, especialmente si en tal información, son innecesarias las imágenes y los elementos configuradores de la esfera personal. Consideró la sentencia que la atribución de rasgos que no se ajustan a la verdad real de una persona y su adscripción a estereotipos que en la actualidad repudia, porque la vida le ha cambiado con el tiempo, o porque esencialmente no corresponden a lo que ella es hoy, evidencian una clara violación del derecho a la identidad. A juicio de la Corte Constitucional Colombiana, la injusta categorización de que es objeto una persona que ha superado y cambiado su vida, se erige en afrenta directa a su personalidad.

El fallo colombiano se apura cuidadosamente en justificar, que no siempre que se *levanta el velo de la intimidad* la persona queda huérfana de la protección a la misma, por cuanto si bien es cierto en este caso la accionante dio a conocer voluntariamente parte de su pasado al periodista, la divulgación posterior de su imagen y de su voz sin el condicionamiento inicial de cubrir ambos rasgos de su personalidad, terminaron a la postre afectando su intimidad por un exceso en las maneras de informar; la sentencia, en un claro *decisum* indicó entonces, que el hecho de exponer sus condiciones de vida, no autorizaba a la prensa a mantenerla *por siempre* bajo el candelero de la vergüenza y la humillación.

[13] Sobre el concepto de datos sensibles como aquellas informaciones del fuero íntimo de las personas que de reservarlas no perjudican a nadie, pero de ser revelados podrían ocasionar un perjuicio, como por ejemplo, las preferencias sexuales, las enfermedades contagiosas, etc, ver “Conflictos entre Derechos Fundamentales” Tomas de Domingo, Madrid, 2001.

Finalmente se entiende en esta decisión, que desde una perspectiva del derecho a la información, es inaceptable que el periodismo investigativo o los reportajes neutrales mantengan en sus archivos imágenes y datos vergonzantes de personas privadas que a nadie interesan porque carecen de toda incidencia informativa y perdieron su connotación noticiable. No puede aceptarse, y es el mensaje del fallo comentado, que en casos concretos, el periodismo propicie la confesión o la autoincriminación de personas que quizás por ignorancia o miedo acceden, sin tapujos a revelar su vida privada y no miden el impacto futuro que tal revelación puede tener si se almacena en archivos virtuales o periodísticos que con el tiempo juegan en contra de quien buenamente los dio a conocer.

* * * * *

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS LIBROS

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, Y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, *Derecho de Amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2011, 330-xxvi, pp.

LAURA RANGEL HERNÁNDEZ*

Ante la gran oferta, tanto mexicana como extranjera, de literatura sobre el “Amparo”, el que nos ocupa es un libro innovador y revolucionario, ya que brinda una perspectiva totalmente distinta de la institución jurídica sobre la cual versa.

La tradición jurídica del que hemos conocido como “juicio de amparo” nos ha llevado a estudiarlo de forma aislada y a visualizarlo como único medio de protección de los derechos de las personas en México; en cambio, el libro que reseñamos viene a revolucionar la forma de comprenderlo y sobre todo de enseñarlo, pues se analiza de una manera innovadora, como parte integrante del Derecho Procesal Constitucional, además de reivindicar sus bases y origen procesales.

Se conjunta de forma magistral la experiencia y madurez del Maestro Héctor Fix-Zamudio, con la frescura y espíritu innovador de Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Ambos aportan lo mejor de sus propias experiencias y especialidades, unidos por la devoción que profesan al Derecho Procesal Constitucional, dando como resultado una extraordinaria obra jurídica sobre el recurso o juicio de amparo.

Tal como lo puntualizan los autores, el libro “Derecho de Amparo” está dirigido a profesores y alumnos que quieran adentrarse en este tema. En su conjunto es una

* Maestra en Derecho Procesal Constitucional.

obra, de fácil lectura, pero colmada de información veraz, actualizada y producto del conocimiento tanto teórico como práctico sobre la temática que aborda; es sin lugar a dudas un libro didáctico y con estricto rigor metodológico, se aprecia mucho su estructura, detallada descripción, línea argumentativa, además de que ofrece diversos recursos que se agradecen desde la docencia, como son el señalamiento preciso de objetivos, cuestionarios, cuadros sinópticos, estadísticas, anexos, bibliografía sistematizada, diagramas, glosario e inclusive sugerencias para la impartición y evaluación de la cátedra.

“Derecho de Amparo” se compone de un capítulo introductorio, que detalla los objetivos de aprendizaje, la descripción del método a seguir para el análisis de esta institución jurídica -que lo es el histórico-comparativo-, algunas consideraciones sobre la teoría del derecho procesal, y sugerencias respecto al método de enseñanza.

Se divide en “cinco partes” que comprenden “veinte capítulos”, muy bien estructuradas, que nos permitiremos describir brevemente, con la intención de proporcionar al lector una visión precisa de los contenidos de la obra que se reseña y despertar su interés en el mismo.

I. La primera parte contempla la “teoría general”, misma que se ocupa de temas indispensables para su mejor comprensión. Se compone de tres capítulos, en el primero se analiza la temática relativa a la “*defensa de la Constitución*”; en primer lugar, desde su perspectiva histórica al llevar al lector a un recorrido por diversos países que fueron pioneros en la implementación de medidas para la limitación del poder, tales como interdictos pretorianos, el *habeas corpus*, los procesos forales aragoneses, entre otros, hasta llegar al famoso caso *Marbury vs. Madison* que fuera la pieza clave para la creación de la *judicial review of legislation* en Estados Unidos.

También se encarga de precisar que “la defensa de la constitución” tiene dos categorías o sectores, que son *la protección de la constitución*, a través de instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica, constitucionalmente reconocidos para la limitación del poder; y *las garantías constitucionales*, que deben ser entendidas en su fase evolutiva y connotación contemporánea como “*instrumentos procesales previstos en los textos constitucionales para su propia salvaguarda, sea para la tutela de los derechos humanos (parte dogmática) o para garantizar el debido funcionamiento de los órganos del Estado (parte orgánica)*.”^[1]

El segundo capítulo está dedicado al *Derecho Procesal Constitucional*, como nueva rama procesal que se dedica al estudio sistemático de las garantías y magistratura constitucionales. Aquí, se analizan los diversos sistemas de control constitucional, se profundiza sobre la naturaleza y justificación de la disciplina, así como los sectores que la integran.

Por último, el tercer capítulo aprovecha los conocimientos previos para explicar las “*garantías constitucionales en México*”. Así se hace un señalamiento sobre las garantías de tipo federal, que son el juicio de amparo, las controversias constitucionales, la acción abstracta de inconstitucionalidad, el procedimiento de investigación de la Suprema

[1] Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Derecho de Amparo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2011, p. 19.

Corte,^[2] el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, el juicio de revisión constitucional electoral, el procedimiento ante los órganos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, el juicio político y la responsabilidad patrimonial del estado. Así también plantea la existencia de garantías constitucionales en las entidades federativas y a nivel internacional para la protección de los derechos humanos.

II. La Segunda Parte (capítulos cuarto a sexto) está encaminada a mostrar los *Antecedentes Históricos y Derecho Comparado* sobre el Amparo. La finalidad que persiguen los autores es proporcionar al estudiante o estudioso del tema una visión histórica y comparada de esta institución procesal, a través del señalamiento tanto de las influencias externas, como de los factores nacionales que fueron fundamentales, ya sea para la creación o para el desarrollo del amparo mexicano. Sobre este último punto, se enfatiza la expansión de la institución, la cual llegó a países latinoamericanos, europeos, asiáticos y africanos, alcanzando magnitud universal, toda vez que se le considera como la garantía constitucional por excelencia para la protección de los derechos humanos.^[3]

III. La Tercera Parte, sin duda la más amplia, versa sobre el *Amparo Federal*. Aquí se analizan las diversas doctrinas que han tratado de explicar su naturaleza jurídica, concluyendo que es de carácter mixto, toda vez que tiene una faceta de *recurso extraordinario* y otra de verdadero *proceso autónomo*. En esta segunda calidad, los autores comprueban que el Amparo en la actualidad agrupa una serie de procesos, que en realidad ya no sólo protegen derechos humanos, sino a la totalidad del orden jurídico, y precisamente por ello, escudriñan cada uno de estos procesos, como son el denominado Amparo libertad, el Amparo Judicial, el Amparo contra leyes, el Amparo como proceso de lo contencioso administrativo y el Amparo social agrario; pero también se hacen cargo de que algunos de ellos se encuentran en peligro de extinción, y que debe establecerse una tramitación especial para el amparo encaminado a proteger derechos humanos tanto de fuente nacional como internacional, en nuestro país.

Otros temas que se contemplan, son los tribunales de amparo, haciéndose una descripción del Poder Judicial Federal, los órganos que lo integran y su competencia en la materia; también se estudia lo relativo a las partes que intervienen en el proceso de amparo, cuestiones de capacidad, legitimación y representación, etcétera.

Igualmente se detallan los diferentes procedimientos de amparo (de doble grado o indirecto y el de una sola instancia o directo), dentro de los cuales, se destacan los plazos para el ejercicio de la acción; las causales de improcedencia (categorizadas

[2] Aunque esta garantía fue suprimida del texto constitucional, a través del “decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, trasladándose de alguna manera a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual ya de por sí tenía la facultad de realizar investigaciones sobre violaciones (graves o no) a los derechos humanos. Cabe señalar que los autores, en concordancia con la señalada modificación constitucional, manifestaron que dicha facultad de la Suprema Corte resulta innecesaria en la actualidad.

[3] Para un estudio profundo sobre este tema, véase de los mismos autores *Derecho de Amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006.

en constitucionales, legales y jurisprudenciales) y el sobreseimiento. Se analizan las medidas cautelares y su tendencia contemporánea, es decir, se habla sobre la suspensión del acto reclamado, que es una figura sustancial dentro del amparo, tanto para mantener vivo el objeto del proceso como para evitar daños irreparables a las partes y a la sociedad, enfatizando que en su concepción actual, se ha aceptado que además de los efectos típicos de conservación, también puede tenerlos de carácter provisionalmente restitutorios, en ciertos casos y condiciones.

Por otra parte, se estudia la sentencia y su ejecución, donde se hace un muy interesante análisis sobre las sentencias constitucionales, para luego enfocarse en la sentencia de amparo y sus peculiaridades. Igualmente se toca el tema de los recursos, (revisión, queja y reclamación); lo relativo a la jurisprudencia (antecedentes, integración y votación necesaria, interrupción, modificación, publicación y difusión, así como la llamada jurisprudencia por razonamientos); el régimen de responsabilidad que se deriva del Amparo, en sus diversas modalidades, como son civil o patrimonial, administrativa o disciplinaria, penal, y procesal.

IV. La Cuarta Parte es definitivamente innovadora, pues no suele verse esta temática reflejada en los libros tradicionales sobre la materia, dedicada al Amparo Local e Internacional; estos temas encuadran en los sectores, que con el mismo calificativo, tiene el Derecho Procesal Constitucional. Así encontramos que los autores nos llevan por un recorrido de las diversas entidades federativas que han incluido en sus normas supremas locales garantías constitucionales para su protección, tales como Veracruz, Coahuila, Guanajuato, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Estado de México, Nuevo León, Querétaro, Nayarit y Yucatán. En este contexto, se habla del desarrollo del amparo local, como una de las garantías que se están estableciendo en algunas constituciones locales, así como su articulación con el amparo federal.

Finalmente, se toca el muy vanguardista aspecto del *amparo internacional*, que tiene que ver con los sistemas de protección de los derechos humanos, y que en el caso de nuestro país tiene su principal manifestación en el llamado Amparo interamericano; lo cual es de gran relevancia y aplicación práctica, toda vez que México no sólo forma parte de este sistema interamericano, sino que en su oportunidad reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual coloca en la posibilidad de que las personas que se encuentren en territorio nacional y les sean violados sus derechos humanos, acudan a dicho tribunal internacional (por conducto de la Comisión Interamericana) a presentar su queja.^[4]

[4] Al respecto no deben perderse de vista las recientes sentencias que en contra del Estado mexicano ha dictado la Corte Interamericana, que son las relativas a los casos de Castañeda Gutman, el conocido como “campo algodonoero”, Rosendo Radilla Pacheco, Inés Fernández Ortega, Valentina Rosendo Cantú y el más reciente de Teodoro Cabrera y Rodolfo Montiel (donde Eduardo Ferrer Mac-Gregor fungió como juez *ad-hoc*).

Para mayor información véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando: *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado Mexicano*, pról. de Carlos Ayala Corao, México, Porrúa-UNAM, 2009; de los mismos autores: *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonoero. La segunda sentencia condenatoria en contra del Estado Mexicano*, pról. de Cecilia Medina y

V. La Quinta Parte se titula *Renovación del Amparo y del Sistema Procesal Constitucional*. Sin desconocer las virtudes de nuestra máxima garantía constitucional, los autores, ponen el dedo en la llaga, al señalar la necesidad de adecuación del amparo a las tendencias actuales del procesalismo científico y del derecho internacional de los derechos humanos.

Con esta base, hacen un planteamiento de las reformas más urgentes, dentro de las cuales destacan la necesidad de ampliar el ámbito de protección del amparo a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México es parte; dentro del rubro de acceso a la justicia constitucional, señalan la importancia de abrir esta institución jurídica al interés legítimo que facilitará la protección de la esfera jurídica de las personas afectadas en sus derechos, incluyendo los colectivos o difusos. Consideran también, que convendría explorar la posibilidad de lograr la denominada “protección horizontal de los derechos fundamentales”, es decir, la inclusión dentro del concepto de autoridad, para efectos del amparo, a algunos sectores sociales (particulares) que pueden afectar seriamente la esfera jurídica de otros particulares; señalan que también debería regularse en la Ley de Amparo la figura de la interpretación conforme para establecer sus alcances con mayor claridad.

Así también retoman la utilidad de establecer procedimientos específicos para la tramitación del llamado “amparo libertad”, e incluso otro específico para la protección de derechos humanos. Igualmente destacan los beneficios que se causarían al sistema si se regula de mejor forma a la suspensión del acto reclamado, para hacerla más efectiva.

Además, los autores señalan que un punto de gran trascendencia que debería incorporarse al derecho de amparo, es la declaratoria general de inconstitucionalidad, mas aún tratándose del análisis de constitucionalidad de normas generales, ya que entre otras cosas, pondrá fin a la cadena de violaciones al principio de igualdad, al seguirse aplicando a algunas personas, normas que ya han sido declaradas inconstitucionales, además de quebrantar con el principio democrático.

Se pone de manifiesto, en la obra que reseñamos, una gran problemática del amparo actual, que consiste en la cadena de juicios de amparo que se desatan con base en un mismo proceso judicial, y que son concedidos “para efectos” de que la autoridad responsable emita una nueva resolución subsanando alguna irregularidad procesal; ante esto, proponen que se limite el reenvío, y en su lugar el juez de amparo resuelva la litis constitucional.

En torno a las propuestas antes aludidas, no omitimos manifestar que los autores se posicionan respecto de aspectos de gran relevancia que requieren atención por parte de los cuerpos constituyentes y legislativos; tan es así, que además de sus atinadas sugerencias- aunque la obra fue escrita antes de que se perfeccionaran las reformas constitucionales en materia de Amparo y de Derechos humanos- tuvieron la precaución de hacer comentarios sobre las iniciativas que en su momento estaban pasando por el proceso legislativo correspondiente, y que se consolidaron al publicarse en el Diario Oficial de la Federación los días 6 de junio y 10 de junio de 2011 respectivamente.

estudio introductorio de Rosa María Álvarez, México, Porrúa-UNAM, 2011; e igualmente: *Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pról. de Diego García Sayán, México, Porrúa-UNAM, 2011.

Ahora bien, también sugieren los autores que se depure la naturaleza constitucional de los asuntos que conoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para con ello consolidar sus funciones de tribunal constitucional, y señalan la conveniencia de contar con un Código Procesal Constitucional que conjunte a las garantías constitucionales bajo una misma técnica legislativa; además de hacer otras sugerencias para renovar algunas de las garantías constitucionales vigentes.

VII. La obra que nos ocupa, finalmente cuenta con una sección titulada “*Para saber más*”, que contiene relevante información, a manera de anexos, tales como el texto de la emblemática *primera sentencia de amparo de 1849*, dictada por el Juez Pedro Zámamo, así como un esquema de los contenidos constitucionales referidos al Amparo y un diagrama de la propia ley de la materia, además de glosario y bibliografía.

Ahora bien, los autores nos dejan claro que para realmente comprender y saber Amparo, no es suficiente con conocer la ley, ni tampoco la basta jurisprudencia que se ha gestado a lo largo de los años; sino que es necesario tener una visión más amplia y advertirlo como una institución procesal que se encuadra dentro del Derecho Procesal Constitucional, para lo cual es preciso estar al tanto de sus líneas generales y contenidos principales.

Por todo lo anteriormente señalado, “Derecho de Amparo” es una excelente herramienta para conducir los cursos que sobre la materia se imparten en México, pero también constituye una obra obligada para cualquier lector nacional o extranjero que quiera conocer de forma ágil, sencilla y a la vez detallada y precisa a la máxima institución procesal constitucional mexicana.

* * * * *

REVISTA DE REVISTAS

CUESTIONES CONSTITUCIONALES

REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 24 Enero-Junio

Año 2011

Director: Edgar Corzo Sosa

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

CONTENIDO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos en América Latina
Aguilar Cavallo, Gonzalo
- ¿Es posible que la prestación de servicios fuera de la esfera del derecho laboral?
Silva Méndez, Jorge Luis
- La Suprema Corte de Estados Unidos ante el fenómeno migratorio
Melgar Adalid, Mario
- ¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas
Carpizo, Jorge
- El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?
López Daza, Germán Alfonso
- Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
García Ramírez, Sergio
Morales Sánchez, Julieta
- El camino a la diversidad municipal
Rabell García, Enrique

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

- La figura de la apelación adhesiva en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia
Gómez marinero, Carlos Martín
- El derecho a la información pública en la jurisprudencia constitucional: ¿un derecho fundamental incómodo?
Silva Méndez, Fernando
- El futuro del control constitucional local: comentarios a la contradicción de tesis 350/2009
Casarín León, Manlio Fabio

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Wong Meraz, Alejandro, “El referéndum constitucional como poder constitucional”, Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos al Dr. Jorge Carpizo en Madrid, México, Porrúa, pp. 977-1000.
Gómez Bernal, Beatriz
- García Roca, Javier, El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos humanos: soberanía e integración, Navarra, Cizur Menor, Cuadernos Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, 2010, 389 pp.
Corzo Sosa, Edgar
Salas, Armando

Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de Derecho Constitucional. Décimo Aniversario

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Dirección Postal: Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n,
Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria,
Delegación Coyoacán, C.P. 04510, México, D.F. (México)
Telf.: 6 22 74 63/64, Ext. 619

REVISTA DE DERECHOS HUMANOS

Vol. 2 / 2011

Enero – Diciembre 2011

Director: Luis Castillo Córdova
Secretaria: Miluska Orbegoso Silva

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN

ARTÍCULOS

- Problemas y retos de la inmigración islámica en Europa; La posición de la Unión Europea
MOTILLA, Agustín
- Legitimidad y justicia en la práctica (global) de los Derechos Humanos
TRUJILLO, Isabel
- La ética de la “Nueva Ciudadanía”
POOLE, Diego
- Sobre la tolerancia y los Derechos Humanos: Una lectura desde las organizaciones internacionales
DURÁN Y LALAGUNA, Paloma
- La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre desapariciones forzadas: Significado jurídico y político
FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación
- Apostillas Iusfilosóficas sobre el derecho a la jurisdicción
VIGO, Rodolfo
- Desafíos jurídico-políticos en aras de una mayor integración del inmigrante latinoamericano en la Unión Europea: una apuesta por la igualdad y el concepto de ciudadanía cívica
HERMIDA DEL LLANO, Cristina
- La protección de los datos personales en posesión de los particulares en México
TENORIO CUETO, Guillermo A. y RIVERO DEL PASCO, María

ENTREVISTA

- La defensa de la libertad religiosa
FERRARI, Silvio

JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y LA CIDH

AÑO 2010

- Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2010
CACHO SÁNCHEZ, Yaelle
- Crónica de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos del año 2010
MOSQUERA, Susana

RECENSIONES

- Sobre la metodología de investigación en derechos humanos
NÚÑEZ POBLETE, Manuel
- Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas
DUMET DELFÍN, David

INSTITUTO PARA LOS DERECHOS HUMANOS
Y LA DEMOCRACIA DE LA UNIVERSIDAD DE PIURA
Dirección Postal: Av. Ramón Mugica 131 - Urb. San Eduardo,
Piura (Perú)
Telf.: 051-073-284500

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 92, Mayo/Agosto 2011

Director: Francisco Rubio Llorente
Secretario: Juan Luis Requejo Pagés

ESTUDIOS

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES

Reflexiones a propósito de algunos riesgos para el adecuado cumplimiento del Derecho de la Unión Europea: sobre las repercusiones de la expulsión de gitanos de Francia

GUSTAVO SUÁREZ PERTIERRA

Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)

MARÍA JOSÉ ROCA FERNÁNDEZ

¿La Sharía como ley aplicable en virtud de la libertad religiosa?

JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ

La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género

MARÍA LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN

El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales

NOTAS

LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ

La Ley de Publicidad y Comunicación Institucional y su aplicación en período electoral

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

El sistema electoral del Congreso de los Diputados. Principios constitucionales y recientes propuestas de reforma

CARLOS VIDAL PRADO y DAVID DELGADO RAMOS

Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga

JURISPRUDENCIA

Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el primer cuatrimestre de 2011 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid)

Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2011

ESTUDIOS CRÍTICOS

MARC CARRILLO

Los derechos estatutarios y sus garantías en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)

LILIANA FASCIANI

Análisis jurídico de una Sentencia atípica

CRÍTICA DE LIBROS

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

La división de poderes (Recensión de Fundamentos núm. 5)

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Noticias de libros

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Dirección Postal: Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid (España)
Telf.: 91 422 89 24 y 91 540 19 50 - Ext. 924/978

Impreso en los talleres gráficos de
Servicios Gráficos JMD
José Gálvez 1549 - Lince Telf.: 470-6420 / 472-8273
en el mes de noviembre de 2011.

