

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSTGRADO**

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**AMPARO Y ARBITRAJE.
LA SUBSIDIARIEDAD DEL AMPARO Y EL RECURSO DE ANULACIÓN DE
LAUDO ARBITRAL**

Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho Constitucional, presentada por

JUAN CARLOS DÍAZ COLCHADO

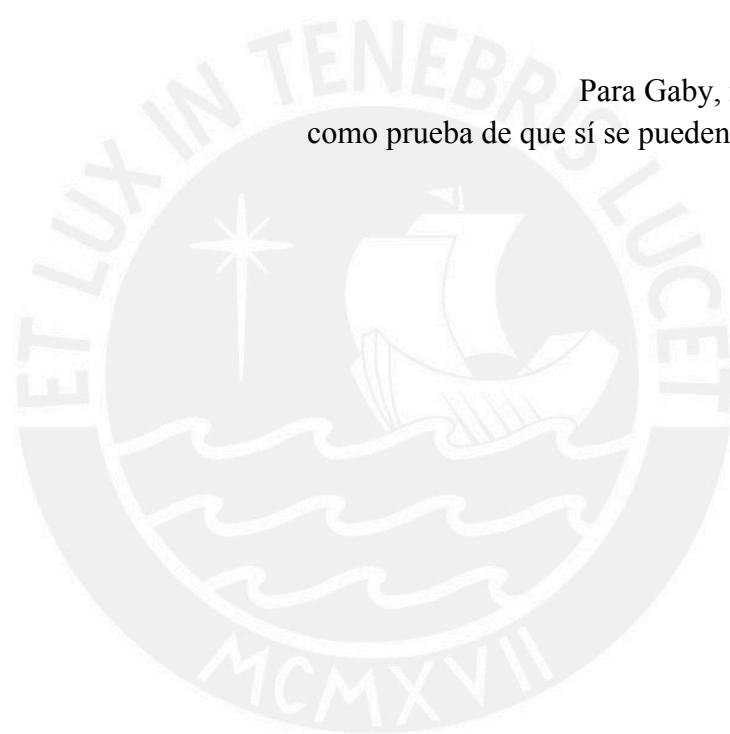
ASESOR: DR. LUIS HUERTA GUERRERO

JURADO

**DR. PEDRO GRÁNDEZ CASTRO (PRESIDENTE)
DR. LUIS HUERTA GUERREO (SEGUNDO MIEMBRO)
DR. OMAR CAIRO ROLDÁN (TERCER MIEMBRO)**

2013

Para Gaby, mi madre querida,
como prueba de que sí se pueden lograr los sueños.



AGRADECIMIENTOS

Todo cambio importante en la vida, como dejar la ciudad natal, la familia, amigos de toda una vida, la rutina diaria más sosegada fuera de Lima, supone el inicio de una aventura. En el caso de los dos últimos años de formación académica vividos en las aulas de la Universidad Católica, en el transcurrir de los cursos de la Maestría en Derecho Constitucional, han sido sin lugar a dudas una de las mejores aventuras que he vivido. En principio, por los queridos amigos y profesores que conocí, así como por los conocimientos que gracias a ellos y al entorno pude adquirir. No hay duda que el entorno académico de la PUCP es el mejor que una universidad peruana puede brindar. Este trabajo representa el final de esa aventura, pero a su vez representa una invitación a iniciar otras, quién sabe si, fuera del suelo patrio. Eso sólo el tiempo lo dirá.

Por ello, es necesario expresar mi agradecimiento a todas aquellas personas que de una u otra manera, directa o indirectamente, coadyuvaron a que esta aventura tuviera un buen final.

En primer lugar a mi familia, mi madre, mis hermanos y mi abuela: Gabriela, Irina y Miguel, y Modesta (la “Mamá Molesta”), y claro también al “silencioso” Ángel, quienes supieron entender que mi alejamiento, temporal de sede luego, era necesario e importante para seguir creciendo, tanto en lo académico, profesional y personal. A mi “familia adoptiva”; mis tíos, Margarita (mi tía “Marga”) y Juan, así como “los viejitos”: Olinda y Bartolomeo (el tío “Bashto”), así como mis primos (Milagros y Joan), quienes sin dudar y con mucho cariño abrieron las puertas de su casa a un “desconocido” que tenía un sueño que hoy se ve realizado. A todos ellos, los más cercanos, muchas gracias.

A los amigos en Chimbote, agradecer su apoyo y amistad incondicional: Deyna Gonzáles, Guillermo Medina, Marco Giulio Mundaca, Carlos Caja, Elías García Paredes, Luis Uchpa, André Tudeña, John Quineche y los de más amigos de la “CIJ”; y, a los chimbotanos adoptados por Lima, con los que me reencounté: Juan Miguel Rojas, John Jara y, especialmente, a Reiser López, por creer en mí desde siempre, por las tertulias y diálogos junto a su biblioteca y por siempre tener reservado un lugar a donde llegar cuando lo necesitaba.

En Lima, a los amigos que conocí y que hicieron de la Maestría un espacio para compartir más allá de las aulas: Milagros Revilla, por su sinceridad y alegría continua; Abraham García, por su cálida amistad y aquellos “sour” que llegaron en el momento oportuno; Abner Príncipe por compartir metas que resultaron comunes; a Lili Ku, Vanessa Tassara y Beatriz Ramírez, las “chicas superpoderosas”, que siempre invitaban a la reflexión y la discusión de ideas; a Luis Roel, por siempre “pensar en voz alta”; José Silva, Pepe, cuya experiencia y consejos llegaron en los mejores momentos; Ronny Rojas, por ser como es no sólo en las aulas, sino también en las tertulias.

Debo dejar constancia de mi agradecimiento especial a Beatriz Ramírez, defensora incansable de los/as olvidados/as por el discurso oficial, quien fue un motor importante para culminar la maestría, pues me dio los ánimos y el empujón necesarios para proseguir con la “aventura limeña” cuando estaba por “tirar la toalla”.

Igualmente, agradezco a Paul Cavalié Cabrera y Elmer Arce Ortiz, por haberme brindado la oportunidad de dar “mis primeros pasos laborales” en Lima, así como por otorgarme su amistad más allá del ambiente laboral. Palabras adicionales merece Paul Cavalié, con quien tenemos una amistad que ya supera los cinco años, y a quien también debo agradecer el haberse constituido en un verdadero maestro sobre el “cómo hacer las cosas bien”. Igualmente, a los amigos de la Dirección General de Inspección del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por dejarme compartir con ellos el trabajo que diariamente nos “aqueja”.

Finalmente, deseo expresar mi agradecimiento a mi asesor: Dr. Luis Huerta Guerrero, por ayudarme a delimitar el problema que constituye el corazón de la tesis, por la paciencia desplegada y por saber “presionar” cuando fue necesario. Sin su decidido apoyo, este trabajo tal vez nunca hubiese culminado.

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación tiene como objetivo de determinar si el recurso de anulación de laudo arbitral puede ser considerado, tal y como lo establecen la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, y la jurisprudencia constitucional vigentes, como una vía igualmente satisfactoria que el proceso constitucional de amparo para la protección de los derechos fundamentales lesionados en un arbitraje o con el laudo que le pone fin.

Para dicho efecto, se determinan, a partir de la experiencia comparada y nacional, los criterios para calificar a un proceso judicial ordinario como una vía igualmente satisfactoria que el proceso constitucional de amparo para la tutela de los derechos fundamentales. Luego de sustentar la opción por la tesis de la autonomía del arbitraje, se realiza una aproximación teórica al recurso de anulación de laudo arbitral, mecanismo judicial ordinario de control de la regularidad del laudo arbitral y de las actuaciones arbitrales en general.

En un tercer momento, se desarrollan las relaciones, no siempre pacíficas, entre el arbitraje y su control constitucional por medio del proceso de amparo. Se estudia las tesis en torno a la posibilidad de que el recurso de anulación puede ser calificado como una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la tutela de los derechos fundamentales lesionados en el curso de un arbitraje o con el laudo que le pone fin. Finalmente, se determina si el recurso de anulación de laudo arbitral puede, en efecto, ser calificado como una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la tutela de los derechos fundamentales lesionados en un arbitraje.

ÍNDICE

DEDICATORIA	1
AGRADECIMIENTOS	2
RESUMEN EJECUTIVO	4
ÍNDICE	5
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO I

AMPARO Y SUBSIDIARIEDAD

1. Introducción	12
2. Bases teóricas sobre el proceso constitucional	13
2.1. Constitución y proceso	15
2.1.1. Concepciones sobre la Constitución	16
2.1.2. Constitución y derechos fundamentales	21
2.1.3. Relaciones entre el de recho constitucional y el d erecho procesal	23
2.1.4. Un entendimiento entre las concepciones de Constitución y el proceso: el rol instrumental del proceso como garantía de la normatividad de la Constitución	30
2.2. Derecho Procesal C onstitucional: entre e l de recho procesal y el derecho constitucional	32
2.3. Principios procesales constitucionales	35
2.3.1. Principio <i>pro actione o favor processum</i>	37
2.3.2. Principio de la suplencia de la queja deficiente	44
2.3.3. Principio de elasticidad, de preferencia del derecho sustancial o adecuación de formalidades procesales	50
2.3.4. Principio de autonomía procesal	52
2.4. Elementos que caracterizan a los procesos constitucionales	59
2.4.1. Los procesos constitucionales: fundamento constitucional	59
2.4.2. Los procesos constitucionales y los derechos fundamentales	60

2.4.3.	La doble dimensión de los procesos constitucionales	61
2.4.3.1.	Dimensión subjetiva de los procesos constitucionales	61
2.4.3.2.	Dimensión objetiva de los procesos constitucionales	63
2.5.	Tipología de los procesos constitucionales	65
2.5.1.	Procesos de tutela de la supremacía jurídica de la Constitución	68
2.5.1.1.	Proceso de inconstitucionalidad	68
2.5.1.2.	Proceso de acción popular	69
2.5.1.3.	Proceso competencial	70
2.5.2.	Procesos de tutela de los derechos fundamentales	71
2.5.2.1.	Proceso de hábeas corpus	71
2.5.2.2.	Proceso de hábeas data	74
2.5.2.3.	Proceso de cumplimiento	74
3.	El proceso constitucional de amparo	79
3.1.	Concepciones dogmáticas	79
3.2.	Elementos característicos del amparo constitucional	83
3.3.	Presupuestos procesales del amparo	85
3.4.	El proceso constitucional de amparo y la protección de los derechos fundamentales: el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo	90
3.5.	La residualidad del amparo en la protección de los derechos fundamentales en relación con los otros procesos constitucionales	94
3.6.	Tipología del proceso constitucional de amparo	95
4.	El proceso constitucional de amparo y su subsidiariedad en el derecho comparado	101
4.1.	El juicio de amparo mexicano	102
4.2.	La acción de amparo argentina	106
4.3.	El recurso de amparo español	114
4.4.	El recurso de amparo costarricense	118
4.5.	La acción de tutela colombiana	128
5.	Lecciones del derecho comparado	138

6. El modelo peruano de amparo constitucional: de la alternatividad a la subsidiariedad	140
6.1. El amparo en y durante la vigencia de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo	140
6.2. La subsidiariedad del amparo a partir de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional	145
6.3. La tutela procesal de urgencia y el proceso de amparo	153
7. Constitucionalidad del modelo subsidiario de amparo acogido por el Código Procesal Constitucional	156
8. Criterios para determinar cuándo un proceso ordinario es una vía judicial específica e igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de los derechos fundamentales	163

CAPÍTULO II

EL ARBITRAJE Y SU CONTROL JUDICIAL A TRAVÉS DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

1. Introducción	177
2. Concepciones sobre el arbitraje	180
2.1. Tesis contractualista	180
2.2. Tesis jurisdiccionalista	182
2.3. Tesis mixtas	186
2.4. Tesis de la autonomía	189
2.5. Análisis y toma de posición en torno a las diferentes tesis sobre el arbitraje	191
3. El arbitraje en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	197
3.1. La constitucionalización del arbitraje	197
3.2. El arbitraje en los debates constituyentes de 1979 y 1993	200
3.3. El arbitraje y su control constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	207
3.4. Posición en torno a la constitucionalización del arbitraje	213

4. El arbitraje en la Ley General de Arbitraje y en el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje: un análisis comparativo	215
5. Control judicial del arbitraje en el derecho comparado	225
5.1. Tipos de control judicial	227
5.1.1. Control judicial ordinario	227
5.1.2. Control constitucional	231
5.2. Alcances del control judicial	236
5.3. Mecanismos de control judicial	236
6. El control judicial del arbitraje en el Decreto Legislativo N° 1071: el recurso de anulación de laudo arbitral	240
6.1. El recurso de anulación de laudo arbitral ¿recurso, acción o proceso?	241
6.2. Principios que rigen el recurso de anulación	247
6.3. Supuestos de procedencia del recurso de anulación	252
6.4. Procedimiento del recurso de anulación	253
6.5. Efectos del recurso de anulación del laudo arbitral	255
6.6. Jurisprudencia sobre el recurso de anulación	257

CAPÍTULO III

AMPARO SUBSIDIARIO Y RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL: ¿ES EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO UNA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA QUE EL AMPARO PARA LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

1. Introducción	260
2. El proceso constitucional de amparo y el arbitraje	261
2.1. ¿En qué supuestos cabe el proceso constitucional de amparo?	262
2.2. Amparo y control judicial del laudo arbitral. Líneas jurisprudenciales	266
2.3. Límites al control constitucional del laudo arbitral mediante el proceso constitucional de amparo	267
2.3.1. Prohibición de revisión del fondo de lo resuelto en el laudo arbitral	267

3. Sustento de la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071	280
4. Análisis de constitucionalidad de la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071	284
5. Tesis en torno a la viabilidad del recurso de anulación de laudo arbitral como mecanismo de protección igualmente satisfactorio que el proceso constitucional de amparo para la protección de derechos fundamentales	291
5.1. Tesis interpretativa fuerte	292
5.2. Tesis interpretativa débil	293
6. Análisis a partir de los criterios para determinar si el recurso de anulación de laudo arbitral es una vía judicial ordinaria igualmente satisfactoria que el proceso constitucional de amparo para la protección de los derechos lesionados en un arbitraje	296
6.1. A partir del criterio de la idoneidad procesal para evitar un perjuicio irreparable en el derecho fundamental invocado (riesgo de irreparabilidad)	297
6.2. A partir del criterio de la complejidad probatoria de la cuestión litigiosa	299
 CONCLUSIONES	 302
 ANEXO N° 01 : Sentencias y/o resoluciones del Tribunal Constitucional que declaran improcedentes de mandado de amparo en aplicación del numeral 5.2 de artículo 5 del Código Procesal Constitucional	 315
 ANEXO N° 02 : Sentencias emitidas por la Primera Sala Subespecializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima sobre Recursos de Anulación de Laudo Arbitral	 339
 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 348

INTRODUCCIÓN

El proceso de amparo en nuestro país, desde su incorporación en la Constitución de 1979, ha sido objeto de dos concepciones en torno a su procedencia como mecanismo de tutela de derechos constitucionales o fundamentales¹.

A partir de la regulación dispensada por el numeral 3 del artículo 6 de la -hoy derogada- Ley N° 23506², Ley de Hábeas Corpus y Amparo (1982), el amparo había sido concebido como un mecanismo de carácter alternativo a los procesos judiciales ordinarios (civil, penal, laboral, contencioso-administrativo) para la tutela de los derechos fundamentales de la persona. Es decir, ante alguna lesión o a menaza de lesión de un derecho constitucional el afectado podía optar por acudir a un proceso judicial ordinario o ir directamente al amparo para buscar y, eventualmente, obtener tutela jurídica.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional tenía manifestado que: “[...] el proceso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico no es un proceso subsidiario al que se puede acudir cuando no existen vías judiciales idóneas para dilucidar la controversia en torno a probables agresiones a derechos de categoría constitucional, sino que es un proceso alternativo en el que la protección de los derechos constitucionales queda librada a la opción que tome el justiciable, con el límite de que en los procesos constitucionales en los cuales no existe etapa probatoria, la posibilidad de la tutela de los derechos constitucionales queda condicionada a que el acto lesivo pueda ser plenamente probado en ella, pese a la

¹ En el presente trabajo, empleamos las expresiones “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, e inclusive “derechos humanos”, como sinónimos conceptuales. Al respecto, en nuestro medio, Luis Castillo Córdova (2007: 65-102) señala que a partir de las diversas expresiones contenidas en la Constitución, mediante los que se alude a los derechos de la persona: libertades, derechos políticos, derechos fundamentales, derechos humanos, derechos constitucionales, es posible sostener que con todas ellas se hace referencia a una sola realidad: los derechos que tiene la persona por el solo hecho de ser persona. Aunque, no puede dejar de mencionarse que en el derecho comparado existen posiciones que consideran que los derechos fundamentales no son sino los derechos humanos, que tienen un claro fundamento iusnaturalista, que se han recogido en los textos constitucionales (Rubio Llorente 2006: 209-216).

² Ley N° 23506, artículo 6.- No proceden las acciones de garantía: [...] 3. Cuando el agravado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria.

existencia de et apatoria cor respondiente” (EXP N ° 0200 -2001-AA, caso Arturo Cueva Ayambo y otros, fundamento 1).

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional (2004), y a partir del numeral 5.2 de su artículo 5³, el proceso de amparo pasa a concebirse como una vía subsidiaria o residual para la protección de los derechos constitucionales de la persona⁴. En este nuevo modelo ante la vulneración o a menaza de violación de un derecho constitucional, el afectado no puede optar por acudir al amparo sino que debe agotar primero los procesos judiciales ordinarios y sólo cuando en éstos no sea posible obtener la tutela judicial pretendida podrá acudir al proceso de amparo.

A pesar de que tempranamente se advirtieron posibles vicios de inconstitucionalidad en el modelo de amparo subsidiario o residual introducido por la disposición contenida en el numeral 5.2 del artículo 5 de la Ley N° 28237 (Castillo Córdova 2005a: 61-96), el Tribunal Constitucional validó indirectamente su legitimidad constitucional mediante la sentencia recaída en el EXP N° 0206-2005-PA (caso César Antonio Baylón Flores), que a la sazón establece un precedente constitucional vinculante⁵ sobre la procedencia del proceso de amparo para la tutela de derechos constitucionales laborales aplicables tanto al régimen laboral público como privado.

³ Ley N° 28237, artículo 5.- No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.

⁴ Cabe señalar que en nuestra doctrina se ha señalado que no existe un solo modelo de amparo, sino dos: el amparo alternativo (que vincula al amparo con las vías ordinarias no igualmente satisfactorias) y el amparo excepcional, éste último distinguible a su vez en dos subtipos: amparo excepcional por definitividad (amparo contra resoluciones judiciales) y el amparo excepcional por subsidiariedad (que relaciona al amparo con las vías ordinarias igualmente satisfactorias) (Castillo Córdova 2011b: 258-266).

⁵ El precedente constitucional vinculante se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece lo siguiente: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

Por otro lado y a raíz del paulatino proceso de constitucionalización que han experimentado los ordenamientos jurídicos y en especial el nuestro (Cfr. Favoreau 2001: 31-43 y Guastini 2001: 153-183), muchas áreas de derecho peruano se han visto impregnadas por los contenidos constitucionales, en especial por los de derechos fundamentales. El derecho privado no ha sido ajeno a esta influencia, sobre todo a raíz de la llamada eficacia horizontal de los derechos constitucionales (Mendoza Escalante 2005). Uno de los campos del derecho privado que ha suscitado un renovado interés por sus relaciones con el derecho constitucional ha sido el del arbitraje, sobre todo en lo referido al control del laudo arbitral mediante el proceso de amparo.

El arbitraje es un mecanismo alternativo al proceso judicial para la resolución de controversias sobre materias que son de libre disposición de las partes involucradas. Con la promulgación de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (1996), y en especial con el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (2008), se ha dado un decidido impulso al arbitraje en nuestro país⁶, tanto así que las principales empresas, nacionales y extranjeras, y el propio Estado⁷ son sus principales usuarios.

El arbitraje como tal ha demostrado ser un mecanismo eficaz para la pronta resolución de controversias por la especialidad de los propios árbitros en función de la materia en la cual se inserta la controversia, la confidencialidad y reserva de los asuntos que se ventilan en su interior⁸, la celeridad en el trámite del proceso arbitral habida cuenta de una mayor

⁶ Al respecto conviene citar que la Cámara de Comercio de Lima en 1993 administró 3 arbitrajes y en 2011 256. Ver: < http://www.camaralima.org.pe/ccl_arbitraje/es/ccl_estadisticas.aspx>. Consulta: 12 de abril de 2012.

⁷ El numeral 52.1 del artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones con el Estado, según la modificación introducida por el artículo único de la Ley N° 29873, dispone: “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes [...]”. Al respecto puede verse: Santistevan de Noriega 2009: 199-243.

⁸ La confidencialidad y reserva del arbitraje peruano tiene una excepción y es la publicidad de los laudos arbitrales en materia de contrataciones y adquisiciones con el Estado, según lo establecido en el numeral 52.7 del artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones con el Estado, según la modificación introducida por el artículo único de la Ley N° 29873, dispone: “El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) dispone la publicación de los laudos y actas de conciliación, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo”.

flexibilidad de las reglas procesales, así como la simplicidad de las reglas legislativas que lo regulan, entre otros (Santistevan de Noriega 2009:202).

Sin embargo, y a pesar de estos aspectos positivos no se ha dejado pasar por alto una situación originada a propósito de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en especial aquellos vinculados con el derecho al debido proceso; consistente en la fuerza vinculante de los derechos y principios constitucionales, los que no dejan de ser tales ni pierden eficacia vinculante dentro del proceso arbitral. Razón por la cual no han sido ajenas al escenario arbitral lesiones a éstos, los que han llegado a los estrados de la jurisdicción constitucional, habiendo recibido respuestas por parte del Tribunal Constitucional, encuadrando a la institución dentro de las reglas y principios constitucionales, así como precisando los supuestos mediante los que el control constitucional de las afectaciones a derechos y principios constitucionales es procedente mediante el proceso constitucional de amparo. Así tenemos, por ejemplo, la sentencia recaída en el EXP N° 06167-2005-HC, caso Fernando Cantuarias Salaverry, donde el Tribunal expuso su doctrina en relación con el encuadre constitucional del arbitraje, así como los supuestos de procedencia del amparo a efectos de realizar el control constitucional de la institución arbitral.

No obstante este reconocimiento de la institución arbitral, como un mecanismo constitucionalmente legítimo para la resolución de disputas que inciden sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho, han existido pronunciamientos constitucionales que iban ampliando de manera progresiva las causales o motivos por los cuales un proceso de amparo podía ser procedente para cuestionar un laudo arbitral.

En ese sentido, tenemos las sentencias recaídas en los siguientes casos:

- a) EXP N° 4972-2006-PA, caso Corporación MEIER SA C y PERSOLAR SA C, fundamento 17, en el que se establecen tres causales de procedencia del amparo:
 - a.1) la afectación de la tutela procesal efectiva, a condición de que se agote la vía previa,
 - a.2) cuando el arbitraje es impuesto de manera compulsiva (afectando la

autonomía de la voluntad), y, a.3) cuando el arbitraje veerse sobre materias absolutamente indisponibles; y,

- b) EXP N° 4195-2006-PA, caso PROIME Contratistas Generales, fundamento 4, en el que se establecieron las siguientes reglas de procedencia: b.1) no se puede cuestionar actuaciones arbitrales sin que el arbitraje haya culminado, b.2) de agotarse las vías previas (recursos de apelación o anulación de laudo arbitral), b.3) no procede el amparo cuando se cuestione la interpretación de las normas legales efectuada por el Tribunal Arbitral, en caso de duda, debe considerarse a ésta como la más adecuada, b.4) la valoración y calificación de los hechos es competencia exclusiva de los árbitros, salvo irregularidades manifiestas que no requieran actividad probatoria que vaya más allá de la lectura de específicas piezas del expediente arbitral, b.5) la alegación de vulneración de derechos fundamentales deberá estar objetiva y fehacientemente acreditada.

Ante este escenario jurisprudencial y con la finalidad de fortalecer la autonomía de la institución arbitral, frente al control constitucional posterior realizado mediante el proceso de amparo, se ha restringido el empleo del proceso constitucional, disponiendo en la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071 que: “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”.

Esta disposición legal ha sido convalidada por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el EXP N° 00142-2011-PA, caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia SA, que además tiene carácter de precedente constitucional vinculante.

En dicho contexto, la presente investigación tiene como objetivo determinar si el recurso de anulación de laudo arbitral puede ser considerado, tal y como lo establecen la legislación y jurisprudencia constitucional vigentes, como una vía igualmente satisfactoria que el

proceso de amparo para la protección de los derechos fundamentales lesionados en un arbitraje o con el laudo que le pone fin.

Para dicho efecto, en el capítulo primero se presentarán algunos elementos teóricos que permitirán establecer las características del proceso constitucional de amparo. De igual manera, a partir de la experiencia comparada y nacional, determinaremos los criterios para calificar a un proceso judicial ordinario como una vía igualmente satisfactoria que el proceso constitucional de amparo para la tutela de los derechos fundamentales lesionados, ya sea por una autoridad estatal o por un particular, como los árbitros.

En el segundo capítulo se desarrollarán algunos aspectos teóricos vinculados con el arbitraje, como las concepciones que existen sobre la institución y sus principios informadores, así como las razones que sustentan su incorporación formal al texto de nuestras dos últimas constituciones. En este mismo capítulo, se abordará al recurso de anulación de laudo arbitral, mecanismo judicial ordinario de control de la regularidad del laudo arbitral y de las actuaciones arbitrales en general.

Luego, en el último capítulo se desarrollan las relaciones, no siempre pacíficas, entre el arbitraje y su control constitucional por medio del proceso de amparo. Asimismo, se analiza la constitucionalidad de la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071. También se estudia las tesis en torno a la posibilidad de que el recurso de anulación puede ser calificado como una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la tutela de los derechos fundamentales lesionados en el curso de un arbitraje o con el laudo que le pone fin. Seguidamente, para cerrar este capítulo, y a partir de los criterios establecidos en el primer capítulo, se establece si el recurso de anulación de laudo arbitral puede, en efecto, ser calificado como una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la tutela de los derechos fundamentales lesionados en un arbitraje.

Al culminar el desarrollo de los capítulos reseñados, se presentan las conclusiones de la investigación.

CAPÍTULO I

AMPARO Y SUBSIDIARIEDAD

1. Introducción

En este primer capítulo se presentarán algunos elementos teóricos que permitan caracterizar y singularizar a los procesos constitucionales, desde la perspectiva del derecho procesal constitucional con o derecho constitucional concretizado, a efectos de poder determinar aquellas características particulares del proceso constitucional de amparo.

En dicho sentido, tomaremos partido por un concepto de Constitución adecuado al modelo de Estado constitucional, actualmente vigente en nuestro país. También desarrollaremos algunas relaciones del derecho constitucional con el proceso, así como de éste con los derechos fundamentales, a los que finalmente sirve como instrumento de protección.

Seguidamente, desarrollaremos algunos aspectos teóricos vinculados al proceso de amparo, como son sus concepciones dogmáticas, sus presupuestos procesales, su objeto de protección y una tipología tentativa.

Después de desarrollar los aspectos teóricos reseñados precedentemente, se realizará una revisión de aquellas experiencias comparadas (México, Argentina, España, Costa Rica y Colombia) que acogen el modelo de amparo subsidiario. Esta revisión se realiza con la finalidad de rescatar aquellos criterios que se emplean en dichas experiencias, y que permiten calificar a una vía judicial ordinaria como igual de satisfactoria que el proceso constitucional de amparo para la protección de los derechos fundamentales.

Luego de ello, abordaremos la evolución del amparo en nuestro ordenamiento, a efectos de determinar las razones que motivaron el cambio del modelo de amparo alternativo, por el modelo de amparo subsidiario, vigente en la actualidad. También y a propósito del debate

generado en nuestro medio, se realizará un análisis de constitucionalidad sobre la disposición legal que introduce el modelo de amparo subsidiario en nuestro país, es decir se analizará la constitucionalidad de la numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

Finalmente, a partir de la experiencia comparada y los desarrollos de la doctrina y jurisprudencia constitucional nacional, se determinarán los criterios que permitirían calificar a una vía judicial ordinaria como igualmente satisfactoria que el proceso constitucional de amparo para la protección de los derechos fundamentales.

2. Bases teóricas sobre el proceso constitucional

Sin lugar a dudas la categoría fundamental del derecho procesal es el proceso, la que incluso da nombre a la disciplina y delimita su objeto de estudio. Pero como tal es una categoría conceptual que requiere correlacionarse, desde una perspectiva sustantiva, con un determinado rol o finalidad: la protección de las situaciones jurídicas materiales de las personas, es decir sus derechos subjetivos (Priori Posada 2003:273).

Ahora bien, categoría especialmente relevante dentro de los derechos subjetivos, en el actual contexto social, son sin lugar a dudas los derechos fundamentales. Éstos requieren y exigen mecanismos (instrumentos procesales) adecuados y eficaces para lograr su efectividad real.

Por ello se ha señalado con razón que la protección y garantía de los derechos constitucionales no exige cualquier tipo de protección, sino que reclama una protección superlativa que garantice su eficacia integral y real (GelsiBidart 1992: 347). Es decir, que los derechos más importantes de la persona requieren una protección efectiva, que sea eficaz, que en última instancia garantice en la práctica que los derechos fundamentales sean respetados por todos (Prats 2010: 165).

A partir de dicho entendimiento, los actuales Estados constitucionales han previsto una serie de instrumentos procesales, que tienen la finalidad de hacer efectivos el goce, ejercicio y restablecimiento de los derechos ante cualquier tipo de lesión o amenaza de violación. Estos instrumentos procesales, son objeto de estudio de una rama de estudio relativamente joven: el derecho procesal constitucional.

El derecho procesal constitucional es una disciplina novel que aparece bien entrado el siglo XX y que en poco tiempo ha alcanzado gran predicamento (García Belaúnde 2008: 659-686). Elemento relevante para su expansión es sin duda la intensa actividad jurisprudencial de los tribunales o cortes constitucionales, creados luego de la Segunda Guerra Mundial⁹, que tienen por objetivo prioritario, cuando no único, cautelar la supremacía jurídica de la Constitución, frente a los actos de los otros poderes públicos, así como la protección efectiva de los derechos fundamentales¹⁰.

Asimismo, debemos resaltar que son conocidas las disputas doctrinales en torno al término que serviría para etiquetar a esta disciplina: “justicia constitucional”, “jurisdicción constitucional” o “derecho procesal constitucional” (García Belaúnde 2003, 2004a, 2004b)¹¹ o en torno a quién es su fundador: Hans Kelsen o Niceto Alcalá Zamora y

⁹ No puede dejar de mencionarse que en países donde no han existido o no se han implado órganos *ad hoc* de control constitucional, han sido las cortes o tribunales supremos los que paulatinamente han ido asumiendo dicha función contralora. Buen ejemplo de ello, sin dudas, es el Tribunal Supremo de los EE.UU., así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 1994, Cfr. Ferrer Mac-Gregor 2002: 87-120)

¹⁰ A dichas competencias básicas, suele otorgarse a los tribunales o cortes constitucionales la competencia para resolver las disputas entre los poderes públicos o entre los diferentes niveles de gobierno (cuando éste es descentralizado) o entre los diversos estados (cuando la organización estatal es de tipo federal).

Sin negar la relevancia constitucional de dicha atribución, debe precisarse que muchos de estos conflictos de competencias o atribuciones, las más de las veces políticos, se traducen en su mayoría de ocasiones en una norma que como tal puede ser impugnada en el -o reconducida al- proceso de inconstitucionalidad. Sobre el particular, cabe resaltar que dicha circunstancia ha sido prevista por el Código Procesal Constitucional, cuando en el segundo párrafo de su artículo 110 prescribe que: “Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad”.

¹¹ En nuestro medio puede afirmarse que esta discusión ha sido superada, ya que es evidente la predilección por el uso del concepto “Derecho procesal constitucional”, en particular, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional.

Castillo, e inclusive se ha propuesto a Héctor Fix Zamudio (García Belaúnde 2006a, 2006b; Ferrer Mac-Gregor 2003, 2008a, 2008b).

No obstante, esta disciplina cuya configuración teórica no está del todo definida y consolidada, ha tomado cuenta las diferentes propuestas en torno a su objeto de estudio y contenidos, siendo aún materia de debate inclusive su ubicación entre las ramas procesal y constitucional (Astudillo Reyes 2007: 53-56), conforme se verá más adelante, amerita que, a partir de las propias experiencias nacionales (Huerta Guerrero 2005: 385-413), se puedan ir proponiendo los elementos que permitan la formulación de una teoría general propia del Derecho Procesal Constitucional.

En dicho sentido, a partir del rol instrumental del proceso, según el cual todo proceso está destinado a la garantía y satisfacción de las situaciones jurídicas materiales (Priori Posada 2003: 275), es decir los derechos e intereses jurídicamente relevantes, es que no puede abordarse la temática procesal constitucional sin tener presente los elementos constitucionales sustantivos que lo justifican, partiendo del hecho de que es función del mismo garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela efectiva de los derechos fundamentales mediante la restricción, control y racionalización del uso del poder, público y privado¹².

2.1. Constitución y proceso

Como dice Gustavo Zagrebelsky el centro de la gran mayoría de los problemas jurídicos y de las soluciones que sobre los mismos se plantean, no están en los textos de las constituciones, ni de las leyes, ni de las sentencias judiciales sino que está de atrás, en el trasfondo, ya que son la idea o ideas que se tiene sobre la constitución, la ley o la sentencia la que en verdad contiene el punto de convergencias o discrepancias en torno a los

¹² Sobre el particular, resulta conveniente citar al profesor alemán Peter Häberle quien tiene dicho que: “[...] la función de la jurisdicción constitucional es la restricción, racionalización y control del poder estatal y social; es cooperación material en el consenso básico; estriba en toda nueva protección de las minorías y de los débiles, en reaccionar tempestiva y flexiblemente a los nuevos peligros para la dignidad del hombre, en su carácter de respuesta y guía no apolíticas” (Häberle 2004a: 127).

diferentes debates jurídicos que se suscitan; por eso “lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto” (Zagrebelky2009: 9).

Por dicha razón, conviene como paso previo a la de terminación de los elementos que caracterizan a los procesos constitucionales, establecer cuál es el concepto de constitución que nos acompañará en el presente trabajo, así como las relaciones que existen entre ésta y los derechos fundamentales, principal objeto de protección de los procesos constitucionales¹³. A partir de estos postulados sustantivos, podremos establecer el vínculo que hoy en día puede predicarse entre el derecho constitucional y el derecho procesal, a efectos de postular un entendimiento entre la concepción de la Constitución adoptada y el proceso.

2.1.1. Concepciones sobre la constitución

Sobre el concepto de constitución, existen diversas acepciones y conceptos como autores hay, por lo que sintetizando la búsqueda, corresponde a bordar sólo a algunos que nos permitirán por un lado describir esa diversidad, y a la vez optar por aquella concepción que nos parece más adecuada para los fines de l presente trabajo y de la hipótesis que se pretende sostener.

En dicho sentido, el profesor italiano RiccardoGuastini(2001: 29-30) describe hasta cuatro concepciones, acepciones o significados, con los que el término Constitución se ha venido utilizando: a) denota todo ordenamiento político de tipo liberal; b) la “constitución” alude a las normas –de alguna manera- fundamentales que caracterizan a todo ordenamiento jurídico; c) también significa un documento normativo que tiene ese nombre; y, d) con el

¹³ En este punto, conviene precisar que si bien es cierto, a nivel comparado, se ha asentado la clasificación de estos instrumentos en torno a su finalidad última (la protección de la supremacía jurídica de la Constitución y la de los derechos fundamentales), no es menos cierto que en su mayor parte los procesos constitucionales terminan por brindar una tutela objetiva y subjetiva a favor de los derechos fundamentales, y al estar éstos reconocidos en los textos constitucionales, protegiéndolos se protege la supremacía jurídica del documento constitucional que los reconoce.

término “constitución” se alude a un texto normativo, dotado de ciertas características formales, o sea un peculiar régimen jurídico.

Todas estas acepciones no harían sino de notar a quello que hoy en día se conoce, con algunas matizaciones, como la Constitución del Estado democrático y social de derecho, en buena cuenta la Constitución del Estado constitucional, pues es innegable que la misma es una norma que establece un determinado tipo de régimen político, de carácter liberal, pero también con rasgos que lo hacen también social. En el mismo sentido, la Constitución del Estado constitucional contiene aquellas normas que son fundamentales, porque por un lado en ella se reconoce y se contiene aquellas posiciones básicas de las personas, es decir sus derechos fundamentales; y a su vez se establecen ciertas reglas fundamentales que organizan, disciplinan y establecen el sistema de pesos y contrapesos para el ejercicio del poder político.

La Constitución como tal tiene un régimen jurídico especial, puesto que su creación no es un momento ordinario, sino de carácter extraordinario, pues con ella se cimienta la organización jurídica de la sociedad. También establece ella misma su supremacía jurídica como fuente de las fuentes del ordenamiento jurídico¹⁴. Finalmente, lo peculiar del régimen jurídico de la Constitución es que ella misma establece el procedimiento de su reforma, cuando no establece que cierta parte o toda ella sea inmodificable.

Por otro lado, el profesor italiano Gustavo Zagrebelsky, siguiendo al juez norteamericano Robert Jackson, sostiene que “La constitución (...) es aquello sobre lo que no se vota; o mejor, en referencia a las constituciones de mocráticas, es aquello sobre lo que ya no se vota, porque ya ha sido votado de una vez por todas, en su origen” (Zagrebelsky 2008: 27)

Esta concepción si bien tiene un sustento político evidente, ni egala propia idea de constitución dúctil defendida por Zagrebelsky (2009) años antes, en tanto la idea de ductilidad nos lleva a que ella pueda ser maleable y adaptable a las circunstancias concretas

¹⁴ Al respecto puede verse Monroy Cabra 2002: 18 y ss.

de cada tiempo y lugar, en cambio si asumimos que la Constitución contiene aquello sobre lo que ya no se vota, nos lleva a una petrificación de lo establecido en el texto, siendo por tanto su contenido, formal y normativo, inmutable. A partir de este concepto, jurídicamente podrían sostenerse posiciones originalistas –en el sentido norteamericano- con lo cual se negaría la interpretación constitucional e volutiva o dúctil de los principios y reglas constitucionales.

En contraposición con dicho entendimiento, Luis Castillo Córdova propone concebir a la Constitución como una verdadera norma jurídica, es decir una norma que vincula a sus destinatarios (poderes públicos y particulares). La Constitución como norma jurídica se constituye como la norma suprema o fundamental del ordenamiento (Castillo Córdova 2006b: 879-882). Es fundamental, en tanto sirve de fundamento al ordenamiento, es decir “[...] funciona como base sobre la cual descansa todo el restante ordenamiento jurídico, de modo que inspire el concreto contenido de éste, a la vez que define su validez jurídica en tanto se ajuste o no a todas las disposiciones de la norma constitucional” (Castillo Córdova 2006b: 881).

A partir de este entendimiento, es posible derivar el principio de supremacía constitucional, según el cual la Constitución es la norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional, lo que trae como consecuencia necesaria que ninguna norma legal ni, menos aún, una norma de rango reglamentario puedan disponer mandatos distintos a lo dispuesto en la Constitución (Rey Cantor 1998: 773 -775). Esta característica también determina que todo el ordenamiento jurídico deba interpretarse de sede y conforme a la Constitución (Castillo Córdova 2006b: 882). Sostener que la Constitución es una norma jurídica implica que como tal vincule a todos sus destinatarios tanto el poder público como los agentes privados, y que además sea de aplicación inmediata (Castillo Córdova 2006b: 885-896; en sentido similar Monroy Cabra 2005: 28, Salomé Resurrección 2010: 2-5)¹⁵.

¹⁵ Esta concepción normativa de Constitución implica que ésta también deba entenderse como limitación del poder, pues organiza el poder político, establece mecanismos de control y las reglas esenciales de la vida en sociedad (Fernández Rodríguez 2008: 95).

En este sentido, tenemos que nuestro Tribunal Constitucional ha expresado que en el Estado constitucional la Constitución deja de concebirse como un mero documento político y pasa a entenderse como una verdadera norma jurídica, que como tal vincula de modo efectivo la actuación de los poderes públicos y de los agentes sociales. En buena cuenta, significa superar la concepción de principio político de soberanía parlamentaria, que justificaba la soberanía y preeminencia de la ley como fuente de derecho, y su reemplazo por el principio de soberanía popular, que justifica el entendimiento de la Constitución como creación del Poder Constituyente, por lo que ella misma se convierte en fuente de legitimidad, no sólo del orden jurídico, sino también de los poderes políticos constituidos, por lo que frente a ella no existen poderes absolutos o autarquías (EXP N° 5854-2005-PA, caso LizanaPuelles, fundamento 3)¹⁶.

Esta concepción normativa de la Constitución¹⁷ trae aparejadas una serie de consecuencias de orden sustantivo y procesal. Una de esas consecuencias sustantivas es que su contenido, todo él, no puede ser (al menos como ideal regulativo) desconocido, lesionado o vulnerado, en otras palabras incumplido. Puesto que, en tanto norma, rige y debe regir, es aplicable de manera directa e inmediata a los casos, es jurídicamente vinculante, capaz de obligar en su cumplimiento a sus destinatarios: poderes públicos y actores privados. La consecuencia procesal de este entendimiento, importa que ella misma deba tener cauces procesales que permitan garantizar dicha supremacía, pues no existe otro medio idóneo, además del proceso, para ratificar su supremacía *ad casum*.

¹⁶ En similar sentido puede verse Nava Gomar 2003: 30-31, quien señala que en el Estado constitucional la legitimidad significa el desempeño conforme a lo estipulado en la Constitución; que la legalidad significa legitimidad, por lo que la ley sólo es legítima en cuanto acata a la norma superior; que la soberanía del pueblo se halla positivizada en la Constitución, lo que le otorga el carácter de norma suprema; siendo así no queda más que actuarla; determinando su carácter de canon hermenéutico que informa a todo el ordenamiento.

¹⁷ El profesor alemán Peter Häberle, complementa esta postura normativista (o jurídico formal) de la Constitución con un entendimiento cultural de la misma. Sostiene que la Constitución no está dirigida solo a los juristas, sino también tiene como destinatarios a los no juristas, los ciudadanos de a pie. Siendo así, la Constitución viene a ser la expresión de un estadio de desarrollo cultural “medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas” (Häberle 2003:5).

Este entendimiento de la Constitución es compatible con aquel propuesto por Robert Alexy (2003: 41-92), que nos parece adecuado para la realidad actual y que además se encuentra ratificada por la intensa práctica jurisprudencial de las cortes y tribunales constitucionales. Alexy sostiene una concepción de la Constitución como marco y como orden fundamental.

En esta concepción se asume que la Constitución es un marco, entonces dentro de él los poderes públicos pueden actuar libremente. Esta primera aproximación respeta las competencias constitucionalmente asignadas a cada poder público, entendiendo que éste sólo puede actuar dentro del marco establecido.

No obstante, esta concepción de la Constitución como marco que limita la actuación de los poderes públicos y privados, implica que la Constitución como tal pueda ser transgredida, ya que considerar a la Constitución como marco sin más, lleva a pensar que incluso el marco puede ser de libre disposición de los poderes públicos, ya que si pueden actuar libremente dentro de lo establecido en el marco, es lógico suponer que son ellos mismos, mediante sus diferentes actos, los que irán estableciendo cuál es el marco (los límites) dentro del cual pueden actuar.

Por esta debilidad conceptual, Alexy propone que se considere que ese marco constitucional además establece un orden fundamental. Este orden viene de limitado por aquellos contenidos valorativos o axiológicos que la Constitución contiene, y que al tener eficacia y fuerza jurídica vinculante establecen lo que se puede, lo que no se puede y lo que se debe hacer, es decir lo permitido o constitucionalmente posible, lo prohibido o constitucionalmente imposible, y lo debido o constitucionalmente ordenado.

Este concepto de Constitución nos parece el más adecuado, en tanto nos permitirá entender la función de los procesos constitucionales, que si bien tienen una característica esencialmente instrumental, no es menos cierto que mediante ellos, o mejor dicho, luego de que ellos han actuado en situaciones concretas, caso por caso, se va determinando, concretizando, los contenidos establecidos por la Constitución, es decir lo que ella ordena, prohíbe o permite, y que constituyen ese orden marco fundamental.

2.1.2. Constitución y derechos fundamentales

Un elemento importante para determinar qué es lo debido, lo prohibido y lo permitido, son sin lugar a dudas los derechos fundamentales, que operan como razones justificatorias de acciones (Atienza Rodríguez 2006: 216-217), tanto de respeto (no injerencia, no lesión de su ámbito protegido o acciones negativas) como de actuaciones concretas a realizar a favor de su titular (prestaciones o acciones positivas).

De esta manera, tenemos que los derechos contenidos en una Constitución, que por ese sólo hecho se les confiere la categoría de ser normas jurídicas de l m máximo nivel, dotan de operatividad a su fuerza normativa (Landa Arroyo 2010a: 17), constituyéndose como una parte importantísima del marco fundamental que delimita el espacio de actuación de los poderes públicos. Por cuanto los derechos fundamentales, en tanto representan el principal límite de la actuación de los poderes públicos, ya que éstos no deben lesionarlos, al mismo tiempo se constituyen como la principal exigencia de realización para los mismos, en tanto los derechos requieren y exigen no sólo de su no lesión, sino también de su garantía y satisfacción.

Entonces, los derechos fundamentales son no más que justifican acciones (positivas o negativas). De acuerdo con Alexy (1993: 62 y ss.), en todo derecho fundamental es posible distinguir, desde una perspectiva analítica (estructural), tres elementos interrelacionados: una disposición, una norma y una posición de derecho fundamental.

A partir de este entendimiento, una disposición de derecho fundamental viene a ser el enunciado lingüístico contenido en una fuente, en este caso la Constitución, que reconoce al derecho fundamental. Por su parte, la norma iusfundamental viene a ser la interpretación que a dicha disposición se otorga, y que como tal es capaz de justificar un determinado curso de acción. Finalmente, este curso de acción viene a ser la posición iusfundamental, es decir, el derecho fundamental en sentido estricto, que a su vez tiene tres elementos: el

titular del derecho, el objeto del derecho (que viene a ser la conducta debida) y el sujeto pasivo del derecho, es decir aquel a quien yo puedo exigir la conducta debida¹⁸.

Para los efectos de lo aquí expuesto, las fórmulas lingüísticas (disposiciones) mediante las que se reconocen los derechos fundamentales, son –por lo general- enunciados abiertos e indeterminados que no contienen con claridad el específico mandato de actuación que se desprende de su contenido normativo. Por dicho motivo, deben emplearse las técnicas de interpretación jurídica, entre ellas el principio de proporcionalidad¹⁹, a efectos de poder determinar el contenido concreto del derecho, es decir la norma fundamental (lo debido) que justificaría que realizáramos una acción en uno u otro sentido.

Esta labor interpretativa la desarrollan primordialmente los jueces a través de los cauces procesales establecidos en cada ordenamiento jurídico. Este cauce procesal, casi siempre, es un proceso judicial especial, distinto del típicamente ordinario previsto para las pretensiones de orden civil, laboral o administrativo. Este mecanismo judicial especial es el proceso constitucional, en sus diversos tipos y modalidades. Precisamente por ello, incluso se ha establecido que si una específica pretensión no está referida al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, el proceso constitucional deviene en improcedente, sobre esto se volverá más adelante.

¹⁸ Esta posición teórica ha tenido eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues en la resolución recaída en el EXP N° 01581-2010-PHD, caso Margarita del Campo Vegas, se ha señalado: “en todo proceso constitucional siempre se trata de establecer una relación entre un titular de un derecho fundamental, un obligado o emplazado con la demanda y un objeto de la obligación, que generalmente está contenido en el petitorio” (fundamento 6).

¹⁹ Hasta la fecha el estudio más completo sobre el principio de proporcionalidad sigue siendo Bernal Pulido (2007a).

2.1.3. Relaciones entre el derecho constitucional y el derecho procesal

Actualmente, los ordenamientos jurídicos en general y el peruano en particular están atravesando un proceso gradual de constitucionalización, donde la fuerza irradiadora de los derechos contenidos en la Constitución está modificando el escenario antes gobernado por el principio de legalidad. Por dicho motivo no le falta razón a quien afirma que antes los derechos valían en el ámbito de lo establecido en la ley, hoy es la ley la que vale en el ámbito de los derechos fundamentales (Cfr. Bachof 1985: 41).

Según nos informa Louis Favoreu fue gracias a la lectura de "Los derechos fundamentales en el orden jurídico de la RFA" del alemán Michel Fromont (publicado en los *Mélanges Eisenmann* en 1974), que adquirió conciencia del problema que acarrea la labor del Consejo Constitucional al judicializar la defensa de las libertades y derechos fundamentales. En dicho sentido, la constitucionalización del ordenamiento viene impulsada por el efecto irradiador de los derechos fundamentales, lo que determina la impregnación de la Constitución en los diversos sectores del ordenamiento, debido fundamentalmente a su consideración como una regla de derecho (Favoreu 2001: 33-34).

Por su parte, Riccardo Guastini, quien sigue los planteamientos de Favoreu, propone entender la constitucionalización del ordenamiento jurídico como “ (...) un proceso de transformación del ordenamiento jurídico al término del cual, el ordenamiento termina totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico se caracteriza por una Constitución invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales” (Guastini 2001: 153).

Asimismo, el profesor italiano señala que la constitucionalización no es un proceso de todo o nada sino gradual, donde un ordenamiento jurídico está más o menos constitucionalizado, dependiendo de ciertas condiciones (Guastini 2001: 154), a saber:

- a) La presencia de una Constitución rígida, es decir que el procedimiento de su reforma es más agravado o difícil de llevar a cabo que el trámite de aprobación y modificación de las leyes y demás normas de rango infraconstitucional.

- b) Garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional, en tanto la sola rigidez del texto constitucional no garantiza *per se* que los poderes públicos siempre observen los mandatos y postulados constitucionales, por lo que es necesaria la presencia de una corte o tribunal constitucional o una Corte o Tribunal Supremo (como en EE.UU.) que garantice la fuerza normativa de la Constitución frente a actos, públicos o privados, que pretendan desconocer su normatividad.
- c) La fuerza vinculante de la Constitución, que se erige como concepción generalizada frente a una concepción de la Constitución como norma programática o no vinculante para el poder político, implica una concepción –ideología– según la cual la Constitución es una norma jurídica genuina, capaz de producir efectos jurídicos vinculantes (Ver también Favoreu 2001: 34 y 35).
- d) La “sobreinterpretación” de la Constitución, la cual parte de una interpretación extensiva de sus contenidos, generando la proscripción gradual de la doctrina de las “*political questions*”²⁰, a partir de la cual se sostenía que existían ciertos temas políticos no justiciables, empero hoy en día se viene a sostener que no hay temas vedados al conocimiento de los jueces, es decir que no existen cuestiones políticas no justiciables.
- e) Aplicación directa de las normas constitucionales, lo que supone el abandono de la doctrina según la cual las normas constitucionales, en especial aquellas que reconocen derechos sociales, no son normas jurídicas vinculantes, sino que establecen un programa de acción a seguir por el poder político, de acuerdo a la oportunidad que el mismo disponga, y su reemplazo por la doctrina de la plena eficacia normativa de todos los contenidos constitucionales, incluyendo los derechos sociales, avanzándose hacia su progresiva judicialización y plena exigibilidad jurídica.

²⁰ Al respecto Landa Arroyo (2000:173-204). Una postura que defiende la vigencia de los actos políticos no justiciables en Zúñiga Urbina (2008: 271-307).

- f) La interpretación conforme de las leyes (y demás normas) a la Constitución²¹, según la cual las normas acusadas de inconstitucionalidad deberán interpretarse de conformidad con las reglas y principios constitucionales a fin de evitar una declaración de inconstitucionalidad, en tanto se considera a la misma como el último mecanismo de defensa (*ultima ratio*) de la supremacía constitucional²². Y,
- g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (y sociales), según el cual el discurso político y el de los principales actores sociales tiene de una u otra manera un sustento constitucional, ya sea para el ataque o para la defensa de las posiciones que se presentan en la deliberación de los asuntos públicos.

Señala Guastini que dada la gradualidad de l proceso de c onstitucionalización, todas las condiciones pueden o no estar presentes, en tanto que proceso, el mismo no es una cuestión de todo o nada. Sin embargo, son condiciones necesarias para caracterizar a un ordenamiento jurídico como constitucionalizado, o en proceso de constitucionalización, que éste posea una Constitución rígida y que su defensa se encuentre judicializada (Guastini 2001:154)²³.

²¹ La interpretación conforme es una técnica interpretativa basada en la presunción de constitucionalidad de las normas legales. Esta presunción, a su vez, se sustenta en el hecho de que la aprobación de las normas legales se ha realizado siguiendo las directrices del principio democrático. Un argumento de crítica a dicha técnica, señala que con el establecimiento de la interpretación conforme por parte de los tribunales constitucionales se puede llegar a suprimir la discrecionalidad interpretativa de los jueces inferiores e instaurar una especie de dictadura judicial interpretativa, pues se considera como válida, únicamente a la interpretación conforme establecida por el tribunal o corte constitucional (Afonso da Silva 2005: 3-26).

²² También se ha señalado que a veces la declaración de inconstitucionalidad puede generar efectos perversos, y que a veces es más deseable conservar la norma acusada de inconstitucional (“el remedio termina siendo peor que la enfermedad”). En el Perú este tema estuvo en el centro del debate a propósito del caso de la legislación antiterrorista (EXP N° 010-2002-AI). En dicho caso se acusaba de inconstitucional a una serie de decretos leyes expedidos durante el gobierno de Fujimori para reprimir con dureza –vía el poder punitivo del Estado- a los movimientos terroristas. El Tribunal Constitucional en dicha oportunidad, en vez de declarar su inconstitucionalidad (que hasta cierto punto era manifiesta), optó por dictar una sentencia interpretativa mediante la cual adecuó dicha legislación conforme a los mandatos constitucionales, hasta donde fue posible. De haber procedido de una manera estricta, es decir, declarando la inconstitucionalidad sin más de la legislación antiterrorista, el efecto perverso hubiese sido la inmediata nulidad de todos los procesos penales que se siguieron contra los terroristas condenados y su consiguiente puesta en libertad.

²³ A pesar que la constitucionalización resulta ser hoy en día un proceso -qué duda cabe- imparabile, no ha dejado de llamarse la atención sobre los riesgos que puede traer. Uno de estos riesgos viene dado por el incremento de la intervención de los jueces, en especial de los jueces constitucionales, en la deliberación de

En el caso del Perú, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico peruano está inmerso en un proceso de constitucionalización. Y es que, la Constitución peruana es una constitución rígida, e n t a n t o s u p r o c e d i m i e n t o d e r e f o r m a e s a g r a v a d o, h a b i é n d o s e p r e v i s t o d o s p r o c e d i m i e n t o s a l t e r n a t i v o s y e x c l u y e n t e s d e r e f o r m a: l a a p r o b a c i ó n d e l p r o y e c t o d e r e f o r m a c o n e l v o t o a p r o b a t o r i o d e l a m a y o r í a a b s o l u t a d e c o n g r e s i s t a s y c o n r a t i f i c a c i ó n p o s t e r i o r v í a r e f e r é n d u m, o l a a p r o b a c i ó n s u c e s i v a e n d o s l e g i s l a t u r a s o r d i n a r i a s c o n e l v o t o a p r o b a t o r i o d e m á s d e l o s d o s t e r c i o s d e m i e m b r o s d e l p a r l a m e n t o (a r t í c u l o 206 d e l a C o n s t i t u c i ó n d e 1993).

La Constitución de 1993 también ha previsto la garantía jurisdiccional de su supremacía jurídica. Así tenemos que, por un lado, su artículo 138 establece el control difuso, que se encuentra en manos de todos los jueces de la república, tanto los constitucionales como los ordinarios del Poder Judicial. De otro lado, se ha previsto en sus artículos 201, 202, 203 y 204 el control concentrado en manos del Tribunal Constitucional.

No obstante, uno y otro no se entienden sin la consciencia de la fuerza jurídica de la Constitución, concepción que se ha ido afirmando a partir de la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional, especialmente luego de su recomposición, ocurrida en el año 2001.

Dicha labor jurisprudencial ha traído el asentamiento de la doctrina según la cual no existen campos exentos de control constitucional: “Este Tribunal, por consiguiente, debe enfatizar (...) que no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional (...)” (sentencia de l E X P N ° 2366 -2003-AA, caso Juan Genaro Espino Espino, fundamento 4); doctrina que inclusive es oponible al Congreso de la República ya que “(...)ningún poder constituido está por encima del poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, [por lo que] es posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento para imponer sanciones, cuando de ellos de venga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los derechos fundamentales (...)” (sentencia del EXP N° 3760-2004-AA, caso Gastón Ortiz Acha, fundamento 25), al Jurado Nacional de Elecciones (sentencia del EXP N° 5854-2005-AA, caso Pedro Andrés

los asuntos públicos, lo que conlleva un detrimento de los márgenes de acción del legislador democrático, reduciendo sensiblemente su libertad de configuración del debate público. Al respecto puede verse Rodolfo Luis Vigo 2008: 403-451.

LizanaPuelles, fundamentos 13-20; EXP N° 0007-2007-AI, caso Inconstitucionalidad del artículo 5 numeral 5.8 del Código Procesal Constitucional que establece como causal de improcedencia del amparo el cuestionamiento de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones).

Esto ha generado que a partir de su judicialización las cláusulas constitucionales tengan aplicación inmediata: “La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos” (EXP N° 5854-2005-PA, caso Pedro Andrés LizanaPuelles, fundamento 6), dejando a un lado la doctrina de las normas constitucionales programáticas o de eficacia diferida.

Tradicionalmente se entendía que las normas constitucionales programáticas eran por excelencia aquellas que establecían o reconocían derechos sociales, en tanto éstas establecían una serie de deberes u obligaciones de hacer a cargo del Estado (deberes positivos), en contraposición a los clásicos deberes negativos o de no lesión de los derechos.

En ese sentido, la organización y financiamiento de centros educativos públicos permiten el ejercicio del derecho a la educación; de igual manera, la implementación de hospitales y diferentes programas de atención médica ayudan a concretar el goce efectivo del derecho a la salud. Empero, la eficacia de estos derechos no era inmediata, pues eran considerados de tipo programático o de eficacia diferida en tanto su implementación, a cargo del Estado, estaba condicionada a que se cuente con los recursos presupuestales necesarios y suficientes para financiar el gasto que suponía su concreción.

Hoy en día esta posición ha ido perdiendo terreno. En esa dirección, nuestro Tribunal Constitucional entiende que los derechos constitucionales sociales han dejado de ser concebirse como normas meramente programáticas o de eficacia diferida, pues su mínima satisfacción resulta ser una garantía indispensable para el goce y ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos (tradicionalmente entendidos como de eficacia inmediata), ya que por ejemplo sin una adecuada educación, no puede haber un adecuado ejercicio de los

derechos civiles o de participación política, el mismo entendimiento puede predicarse de la satisfacción del derecho a la salud (Cfr. la sentencia del EXP N° 2016-2004-AA, caso José Luis Correa Condori, fundamentos 10 y 11).

Finalmente, esta invasión constitucional, mediante la judicialización de los derechos, ha determinado que muchos temas de alto contenido político sean resueltos en las instancias judiciales, en especial en sede de procesos de inconstitucionalidad. Así por ejemplo tenemos:

- a) Sentencias sobre temas políticos: Caso de la Ley Wolfeson, sobre la equiparación del arresto domiciliario con la detención judicial preventiva (sentencia del EXP N° 019-2005-PI), el control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (sentencia del EXP N° 007-2007-PI), caso de la hoja de coca (sentencias de los EXP N° 0020 y 0021 (acumulados)-2005-PI y EXP N° 006-2008-PI), caso de la barrera electoral (sentencia del EXP N° 0030-2005-PI), caso de la legislación antiterrorista (sentencias de los EXP N° 010-2002-AI y EXP N° 0003-2005-PI), caso de la adecuación de la Justicia Militar a los estándares constitucionales (sentencias de los EXP N° 004-2006-PI, EXP N° 006-2006-PI, 0012-2006-PI y EXP N° 0005-2007-PI), caso de la reforma constitucional (sentencia del EXP N° 014-2002-AI), caso de la demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución de 1993 (sentencia del EXP N° 0014-2003-AI), caso de la inmunidad parlamentaria (sentencia del EXP N° 0026-2006-PI), caso de la franja electoral (sentencia del EXP N° 0003-2006-PI), caso El Frontón (resolución del Tribunal recaída en el EXP N° 3173-2008-HC), etc.
- b) Sentencias sobre temas económicos: Caso SOAT (sentencias de los EXP N° 0010-2003-AI y EXP N° 001-2005-PI), caso de los arbitrios municipales (sentencias de los EXP N° 0041-2004-AI y EXP N° 0053-2004-AI), caso de las regalías mineras (sentencia del EXP N° 0048-2004-AI), caso de impuesto a los espectáculos públicos no deportivos (sentencia del EXP N° 0042-2004-AI), caso de la deuda agraria debida a la expropiación hecha por el Gobierno Militar de los años 1968-1980 (sentencia del EXP N° 009-2004-AI), caso de la reforma del régimen de

pensiones del Decreto Ley N° 20 530 (sentencia de l E XP N° 0050 (y otros acumulados)-2004-AI), caso de los contratos-ley con Telefónica del Perú (sentencia del E XP N° 0005 -2003-AI), caso de la homologación de los sueldos de los profesores universitarios con los magistrados del Poder Judicial (sentencia del EXP N° 016-2005-PI), entre otros

- c) Sentencias sobre temas sociales: Caso del régimen laboral agrario (sentencia de l EXP N° 0027-2006-PI), caso de la ley marco del empleo público (sentencia del EXP N° 008 -2005-PI), caso de la ordenanza municipal que restringe el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada Calle de las Pizzas (sentencia de l E XP N° 007 -2006-PI), de derecho de reunión (EXP N° 4677-2004-AA), caso Anicama Hernández sobre criterios de procedencia de demandas de amparo sobre el derecho a la pensión (sentencia de l EXP N° 1417-2005-PA), caso de la Cruz Curasma que fija reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses (EXP N° 05430 -2006-PA), caso Baylón Flores sobre criterios de procedencia de l amparo en materia laboral pública y privada (sentencia del EXP N° 0206-2005-PA), caso Villanueva Valverde sobre criterios de procedencia del proceso de cumplimiento (sentencia del EXP N° 0168-2005-PC), caso Correa Condoris sobre tratamiento con antirretrovirales para pacientes con VIH (sentencia de l EXP N° 2016-2004-AA), caso Morales Medina sobre los supuestos de libre desafiliación del sistema privado de pensiones y retorno al sistema nacional de pensiones (sentencia de l E XP N° 1776 -2004-AA), caso Villacorta Guevara sobre pensión de invalidez a pacientes de VIH/SIDA (EXP N° 04749-2009-PA), entre muchos otros.

El derecho procesal no ha sido ajeno a dicha influencia (Gozáini 2006: 227 -241). El derecho procesal con el proceso de constitucionalización se ve obligado a salir del gabinete académico, a efectos de que pueda pisar tierra y entender la íntima relación que existe, o mejor dicho, que siempre existió entre el derecho sustantivo y la tutela jurisdiccional dispensada a través del proceso. Precisamente esta relación instrumental entre el proceso y las posiciones jurídicas materiales (pretensiones, derechos subjetivos) es la razón de ser del

proceso: brindar efectiva tutela (protección) a las situaciones jurídicas materiales o sustantivas (Priori Posada 2003: 273).

2.1.4. Un entendimiento entre las concepciones de la Constitución y el proceso: el rol instrumental del proceso como garantía de la normatividad de la Constitución

Si entendemos a la Constitución como un orden marco que establece límites fundamentales, límites que vienen dados –básicamente– por los derechos fundamentales, consecuencia necesaria de ellos es que se brinda a esos límites fundamentales un mecanismo para restablecerlos en cada oportunidad que han sido traspasados. Este mecanismo es el proceso, especialmente el proceso constitucional.

Hoy en día se ha recuperado el carácter instrumental del mismo, señalando que el proceso, del que puede predicarse cierta autonomía e independencia del derecho material, no implica separarlo de su razón de ser (finalidad): servir de instrumento para la efectiva tutela de las situaciones jurídicas materiales (donde caben los derechos fundamentales) de los justiciables (Priori 2003: 273-292).

Es que los derechos reconocidos a los justiciables están reconocidas en normas de derecho objetivo que no necesariamente se cumplen de manera espontánea por parte de los particulares, por lo que en aras de garantizar la efectividad de dichas situaciones jurídicas materiales se hace necesario el proceso, como garantía del principio de efectividad tanto de las situaciones jurídicas materiales como del derecho objetivo que los reconoce, puesto que “[...] el principio de efectividad es el criterio de legitimación del propio ordenamiento jurídico” (Priori Posada 2003: 278).

Entonces “[...] la noción de proceso se justifica en la medida en que vivimos en una sociedad en la que los sujetos con mucha frecuencia no cumplen con las disposiciones del derecho objetivo, y en la que se ha prohibido el recurso a la autotutela. El carácter instrumental del proceso es por ello innegable [en consecuencia] el proceso es un

instrumento de l que s e va le el o rdenamiento jurídico para ha cer q ue l as si tuaciones jurídicas de los sujetos sean efectivas y la paz social en justicia se logre” (Priori Posada 2003: 279).

Si l a C onstitución e stablece a quello que s e p uede, no s e p ue de y s e de be ha cer, e l mecanismo para determinar en cada caso concreto que era lo permitido, lo prohibido y lo debido será el proceso, en tanto garantía de la efectividad del ordenamiento objetivo y de las si tuaciones j urídicas subj etivas, en esp ecial l as d e r ango c onstitucional, que precisamente s on las q ue j ustifican que un juez pr ohíba, permita u o rdene realizar un a conducta debida.

También cabe resaltar que existe una relación de implicación recíproca entre las nociones de C onstitución y pr oceso(Landa Arroyo 2006b, G ozaíni 2002: 3-4), en tanto la primera mediante sus contenidos condiciona el marco de actuación del proceso, ya que lo configura de una determinada manera: un debido proceso, dónde deben respetarse contenidos básicos para que estemos frente a un proceso ajustado a lo dispuesto por la Constitución; es decir, respeto del derecho de defensa, acceso a la justicia, posibilidad de impugnar las decisiones judiciales v ía l os recursos l egalmente es tablecidos, independencia e i mparcialidad del órgano j uzgado, pr ocedimiento j udicial pr eestablecido por le y (principio de l egalidad procesal), efectividad de las decisiones judiciales (ejecución de sentencias), prohibición de ser j uzgado y sancionado dos ve ces por e l mismo hecho, entre otras; ade más que condiciona la actuación de los propios sujetos involucrados con su desarrollo: justiciables, jueces, abogados.

De retorno, el proceso -en tanto instrumento de la actuación del derecho sustantivo- permite la realización práctica de los contenidos de la Constitución, actualizándolos en función de los casos c oncretos. Cada caso en que se ve i nvolutrada l a de fensa de los de rechos de índole constitucional o los principios objetivos establecidos en la norma suprema, supone a su vez l a interpretación de l as f órmulas t extuales ab iertas, vagas e i mprecisas de l a Constitución, y por otro lado su concreción para ser aplicadas de manera efectiva y eficaz en cada caso.

De esta manera, la Constitución condiciona el desarrollo del proceso, y a su vez éste permite el desarrollo, concreción y aplicación de la Constitución, garantizando en cada caso el respeto a su condición de norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico.

2.2. El Derecho Procesal Constitucional: entre el derecho procesal y el derecho constitucional

El entendimiento del rol instrumental del proceso tiene una especial significación en el ámbito de los procesos constitucionales, en tanto éstos tienen por finalidad primordial cautelar dos de los pilares básicos de los actuales Estados constitucionales: la primacía jurídica de la Constitución como norma y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

En dicho contexto, para tener un adecuado entendimiento de los procesos constitucionales y de su rol instrumental, es necesario hacer referencia a la disciplina académica que los estudia, esto es el Derecho Procesal Constitucional.

En nuestro medio académico, y a nivel comparado, existe una discusión en torno a la concepción que mejor explicaría la “naturaleza” del derecho procesal constitucional. En dicho sentido, es posible en la doctrina ubicar hasta cuatro posiciones: concepción procesal, otra constitucional, una tercera mixta (que señala que el mismo es una hibridación de los derechos procesal y constitucional) y una última que aboga por su autonomía, tanto del derecho procesal como del derecho constitucional.

La concepción procesal apoyada por los profesores Domingo García Belaúnde, Samuel Abad Yupanqui, Juan Monroy Gálvez (todos autores del Anteproyecto que dio origen al Código Procesal Constitucional), y a nivel comparado por ejemplo Héctor Fix-Zamudio (1999: 91, 2002: 22 y 30) entre otros.

Por su parte, la concepción constitucional es de fendida entre nos otros por autores como César Landa (2006: 67-68, 2011: 17), Jorge León Vásquez (2006: 31-38), Mijail Mendoza Escalante (2006: 122-124), quienes siguen a Peter Häberle (2004b). Cabe resaltar que esta última postura ha sido avalada por la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

En la postura del derecho procesal constitucional como una derecho mixto cabe ubicar al profesor chileno Humberto Nogueira Alcalá (2009: 26 -27). Finalmente, los profesores Osvaldo Alfredo Gozáini (Argentina) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) postulandecididamente, a partir de di ferentes argumentos, la autonomía de l derecho procesal constitucional frente a l derecho constitucional y el de recho procesal (Gozáini 2011: 18-21, Ferrer Mac-Gregor 2006: 356 y s.). Para efectos del presente trabajo, sólo prestaremos atención a las dos primeras posturas reseñadas, pues en una de ellas nos insertaremos.

Para la concepción procesal, el derecho procesal constitucional es una parcela, aunque nueva, del derecho procesal. Por ende, a efectos de analizar las diversas instituciones procesales constitucionales, deben aplicarse las instituciones de la teoría general de l proceso, tales como los conceptos de acción, proceso, jurisdicción, legitimación, parte, tercero, intervención, litisconsorcio, acumulación, sentencia, entre otros, desde una perspectiva científica, es decir, sin atender primordialmente a los fines que el proceso pretende alcanzar.

En cambio, dentro de la opción constitucional podemos encontrar a quienes insisten en las vinculaciones entre derecho procesal constitucional y teoría general de l proceso, sostiene que el proceso constitucional es un derecho que es directa concretización de las normas, reglas y principios constitucionales que además coadyuvan a su realización práctica. Esto supone asumir una postura dúplice en la relación que se genera entre el proceso y la Constitución (Landa 2006: 64-68), es decir que para analizar las instituciones procesales constitucionales no basta sólo con utilizar las categorías conceptuales del derecho procesal, sino que no debe perderse de vista que los procesos constitucionales son instrumentales y que buscan ante todo defender la supremacía de la Constitución como norma jurídica y la

tutela efectiva de los derechos fundamentales que aquella reconoce, es decir cuando de los procesos constitucionales se trata hay que tener muy presente los fines de estos procesos. Dicho sea de paso, estos fines están recogidos en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El postulador de esta tesis, el profesor Peter Häberle, señala que el derecho procesal constitucional es un derecho constitucional concretizado en dos sentidos. En principio, que *per se* es una concretización de la Constitución y, en segundo lugar, ayuda al Tribunal Constitucional a concretizar los postulados genéricos y abstractos de la norma fundamental (Häberle 2004b: 19). Esto determina la peculiaridad del derecho procesal constitucional, peculiaridad que lo emancipa del derecho procesal general, en tanto el mismo permite la apertura de la Constitución al proceso público de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, lo que plantea exigencias de racionalidad y aceptación (Häberle 2005: 78-80).

Esta segunda postura, que es la asumimos en el presente trabajo, también ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional, según puede verse del fundamento 15 de la Resolución admisorio del E XP N ° 0025 y 0026 (acumulados)-2005-PI (caso PROFA), que transcribimos a continuación:

“Que el derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución–, debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional al emán ha destacado la “particularidad del proceso constitucional”. Significa el lo que el derecho procesal constitucional “ [...] implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales”.

En este contexto, en consecuencia, el C.P.Const. tiene que ser entendido como un “derecho constitucional concretizado”. Esto es, al servicio de la “concretización” de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada.

Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional, impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme a una “interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales”, una *interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución* (Häberle habla de una “interpretación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal –alemán- ‘desde la Ley Fundamental’”).

Se trata, en definitiva, de una *interpretación teleológica* de la norma procesal constitucional orientada a la concretización y optimización de los mencionados principios constitucionales materiales”.

2.3. Principios procesales constitucionales

Como toda rama del derecho, el Derecho Procesal Constitucional a efectos de sostener su autonomía conceptual frente a otras disciplinas procesales (como la civil, penal, laboral o administrativa) cuenta con principios que lo informan y lo singularizan. A efectos de identificar a los principios procesales constitucionales, debemos empezar por conceptualizar el término “principio”.

En torno a la categoría conceptual de los principios encontramos algunas posturas teóricas que lo singularizan como ideas o conceptos (justicia, libertad, igualdad, etc.) y proposiciones (ley posterior de roga a la ley anterior, la ley no tiene efectos retroactivos) que informan la estructura, aplicación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio derecho, que pueden o no estar reconocidos en la legislación positiva, lo que no es condición *sine qua non* para afirmar que existen y que de hecho son aplicados en la práctica jurídica (Rubio Correa 2009:284).

En este entendimiento, los principios sirven para la interpretación (determinar el sentido o significado) e integración (colmar lagunas mediante la creación de nuevas normas) del ordenamiento por parte del operador jurídico (Rubio Correa 2009: 286-287).

De otro lado, en el constitucionalismo contemporáneo se discute la idea de los principios como mandatos de optimización, es decir normas que ordenan que una determinada

conducta se realice en la mayor medida posible, considerando todas las circunstancias que en el caso concreto juegan a favor y en contra de su aplicación efectiva a un caso concreto (Bernal Pulido 2007b: 273-291).

Ambas posturas comparten en el fondo la idea común de que los principios son pautas, normas o directivas que indican un curso de acción a seguir (Atienza Rodríguez 2006: 216-217), o que en el mejor de los casos justifican la realización u omisión de una acción por parte de los operadores jurídicos (abogados, jueces, ciudadanos).

En dicho sentido, la presencia de principios que orientan, guían o terminan un curso de acción en el derecho no es incompatible con la presencia de normas cuya estructura deóntica es más precisa y concreta: las reglas, que establecen un supuesto fáctico y una consecuencia que se desencadena de verificarse, en los hechos, el supuesto.

Ahora bien, en el derecho existen infinidad de principios, algunos de los cuales caracterizan y singularizan a determinados sectores del ordenamiento jurídico. Así por ejemplo en el campo penal tenemos los principios de legalidad, taxatividad, proporcionalidad de las penas, resocialización, entre otros. En el ámbito civil se encuentran los principios de autonomía de la voluntad, buena fe, obligatoriedad de los contratos, *rebus sic stantibus*, prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, nadie puede alegar en su favor su propio dolo o inequidad, prohibición del fraude a la ley, prohibición de actuar contra los propios actos, entre otros. El derecho del trabajo se caracteriza por el principio protector o tuitivo, el principio de primacía de la realidad, el principio de *in dubio pro operario*, principio de causalidad de la causa objetiva de los contratos sujetos a modalidad.

En los predios constitucionales, todos los derechos fundamentales pueden ser concebidos como principios, es decir como pautas o guías que orientan la realización de acciones u omisiones en diversos sentidos, así como los principios de supremacía jurídica de la Constitución, el principio democrático, principio republicano, principio de economía social

de mercado, principio de intangibilidad de los fondos de la seguridad social, principio de solidaridad, el principio de dignidad de la persona humana, entre otros.

Específicamente, en el ámbito procesal constitucional, sobre los principios procesales debemos tener presente que existen principios comunes a todos los tipos de procesos (civiles, laborales, penales, contencioso-administrativos), tales como el debido proceso judicial de los procesos, intermediación, socialización, publicidad, entre otros; y a aquellos específicos y propios de los procesos constitucionales que se justifican en las peculiaridades de los procesos constitucionales, en especial por su rol tutelar e instrumental para garantizar la supremacía constitucional y la tutela efectiva de los derechos fundamentales (Carpio Marcos 2006).

Los principios procesales específicos de los procesos constitucionales serían: el principio *pro actione* o *favor processum*, el principio de suplencia de la queja deficiente, el principio de elasticidad (también denominado de preferencia del derecho sustancial o de adecuación de formalidades procesales) y el principio de autonomía procesal.

2.3.1. Principio *pro actione* o *favor processum*

Según este principio ante la duda de dar por concluido o continuar con la tramitación de un proceso constitucional, el juez constitucional deberá dar preferencia a su continuación antes que a su conclusión.

Este principio termina un curso de acción a seguir por parte de los jueces constitucionales: ante la duda de si falta o existe ausencia de un requisito o formalidad procesal, al menos en la etapa de análisis de la admisibilidad y procedencia de la demanda, deberá optarse por admitirla a trámite, a efectos de que sea en la sentencia en la que se analice la concurrencia del presupuesto procesal presuntamente ausente.

Igualmente, si estamos frente ante la ausencia de algún requisito o formalidad procesal para declarar procedente y resolver el fondo de un recurso o rechazarlo, en virtud al principio

pro actione se estima otorgar una interpretación de dichos requisitos conforme al derecho de acceso a los recursos o a la tutela judicial efectiva; o en todo caso, a partir del citado principio interpretar de manera flexible y antiformalista el cumplimiento de los requisitos procesales para la procedencia de los recursos.

En dicho sentido, se tiene que el principio *pro actione* justifica una interpretación flexible de las formalidades procesales, tanto para efectivizar el ingreso al proceso, como para realizar un eficaz ejercicio del derecho de defensa mediante el empleo de los recursos previstos en las normas procesales (Serrano Hoyo 1992:135), ya que -en última instancia- el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr un fin: la efectiva tutela de los derechos de las personas mediante la tutela jurisdiccional.

Este principio tiene a su vez su justificación en el principio de interpretación *pro homine* o de favorecimiento a los derechos de las personas (Carpio Marcos 2004a: 41); más, si en el caso de los procesos constitucionales nos encontramos frente a los instrumentos que garantizan la eficacia y vigencia real de los derechos fundamentales.

Sin embargo, se anotado –con razón- que el citado principio “no opera con la misma intensidad sobre todos los derechos que forman parte de la tutela jurisdiccional” (Carpio Marcos 2004a: 41).

En dicho sentido, no sería lo mismo optimizar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia que el derecho de acceso a los recursos. Mientras que el primero exigiría un control constitucional estricto sobre los requisitos establecidos legalmente para el acceso a la justicia (como la exigencia de agotamiento de la vía previa administrativa o el pago de aranceles judiciales), con la consecuente interpretación flexible de los mismos a fin de facilitar el ejercicio de la tutela judicial. En el caso del derecho a los recursos, el control constitucional podría ser más débil sobre el legislador, en tanto se ha reconocido en la jurisprudencia constitucional que el contenido del derecho de acceso a los recursos es un derecho de configuración legal. Entonces, corresponderá al legislador crearlos y establecer sus tipos, requisitos (formales y sustanciales), oportunidad, efectos y número de veces en

que puede ser ejercido al interior de un proceso (sentencia del EXP N° 5194-2005-PA, caso Pesquera Diamante, fundamentos 4 y 5). Ahora bien, a partir del principio *pro actione*, se entiende que la exigencia de requisitos formales y sustanciales para el ejercicio de los recursos no debe impedir su ejercicio, sino posibilitarlos; así por ejemplo, no es lo mismo exigir al recurrente el pago de una tasa judicial, que exigirle fundamentar o cuando menos indicar el agravio producido por la resolución judicial que se impugna.

Ahora bien, vinculado con el acceso a la justicia, una expresión legislativa del citado principio, como ya se anotó, lo constituyen las excepciones previstas a la regla de agotamiento de las vías previas administrativas. En dicho sentido, tenemos que en el artículo 45 del Código Procesal Constitucional se ha establecido que “En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo”.

En esa misma dirección, en el artículo 46 del mismo Código adjetivo se ha previsto que no es exigible el agotamiento de las vías cuando una resolución administrativa, que no sea la última, se ejecuta antes de vencerse el plazo para que quede consentida; o cuando por la exigencia de su agotamiento la lesión al derecho deviene en irreparable o si se trata de una amenaza ésta se convierte en una agresión manifiesta; o cuando iniciada la vía administrativa, ésta no se resuelve dentro de los plazos establecidos en la ley correspondiente; o finalmente si la vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado.

En la jurisprudencia, por lo demás abundante del Tribunal Constitucional, se puede leer que el mencionado principio justifica que “ante la duda, los requisitos y presupuestos procesales siempre deberán ser interpretados en el sentido más favorable a la plena efectividad de los procesos constitucionales de manera que si existe una duda razonable respecto de si el proceso debe de clararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional de clararán su continuación” (sentencia del EXP N° 252-2009-PA, caso Máximo Valeriano Llanos Ochoa, fundamento 7), o que al amparo del principio *pro actione* “el juez tiene el deber de interpretar y aplicar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable, a

fin de obtener una decisión válida sobre el fondo” (Resolución recaída en el EXP N° 01983-209-PA; caso Antonio Vicente MarcatincoAndía, fundamento 3).

Este entendimiento del principio *pro actione* tiene como correlato una relativización de la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, puesto que desde la perspectiva del Estado constitucional dicha exigencia, como requisito de acceso al amparo, no puede ni debe entenderse como un privilegio del Estado (como la tutela administrativa vía la ejecución coactiva), sino como una limitación del derecho a la tutela jurisdiccional, en su vertiente de acceso a la justicia; limitación por la cual

“el ordenamiento jurídico persigue que los problemas o diferencias que un particular mantenga con la administración pública, puedan resolverse en dicha sede, antes de acudir a la vía judicial. Esta limitación del derecho de acceso a la justicia debe entenderse a la luz del principio *pro actione* y, en ese sentido, el agotamiento de la vía administrativa sólo será exigible si su tránsito se configura como una vía idónea y eficaz para los fines que se persiguen con su instalación” (sentencia del EXP N° 499 -2002-AA, caso Triplay Iquitos, fundamento 1).

A partir de dicho entendimiento, es lógico sostener que como toda restricción a un derecho fundamental, la exigencia de agotamiento de la vía administrativa debe ser proporcional y que encuentra expresión en las excepciones a su agotamiento previstas en el artículo 46 del Código Procesal Constitucional ya reseñadas.

En dicho sentido, y vinculado con el acceso al proceso constitucional, en la sentencia del EXP N° 05 970-2006-PA, caso San Fernando S.A. contra la SUNAT, la demandante solicitaba que se le inaplique el numeral 2.4 del artículo 2 de la Ley N° 27360, que aprobaba las normas de promoción al sector agrario. En el caso, la actora sostenía que la exclusión de los beneficios tributarios para los productores a vícolas que utilicen en sus procesos productivos maíz amarillo duro importado, lesionaba su derecho constitucional a la igualdad en materia tributaria.

En relación con la admisión de la demanda, la SUNAT –como de fensa formal- propuso excepción de falta de agotamiento de la vía previa. Ésta fue desestimada en primera instancia, en tanto que la demanda fue declarada fundada. Mientras que, en segunda instancia la demanda fue declarada improcedente, en aplicación del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

Para ingresar a evaluar el fondo del asunto controvertido el Tribunal evaluó, como cuestión preliminar y vinculada a lo que es motivo de este acápite, la excepción de falta de agotamiento de la vía previa deducida por SUNAT. De esta manera, SUNAT sostenía que la actora no agotó la vía administrativa porque en relación con los escritos y formularios presentados para acogerse a los beneficios de la Ley N° 27360, Ley de Promoción del Sector Agrario, correspondía interponer un recurso de reclamación, conforme al artículo 136 del Código Tributario²⁴. Adicionalmente, el Tribunal da cuenta que de manera contradictoria con el primer argumento, SUNAT sostenía además que para dichas solicitudes resultaba de aplicación el trámite de un procedimiento no contencioso, según las disposiciones de los artículos 162 y 163 del Código Tributario²⁵.

²⁴ El texto del artículo 136 del Código Tributario, vigente a la fecha en que se resolvió el caso, establecía lo siguiente:

“Tratándose de Resoluciones de Determinación y de Multa, para interponer reclamación no es requisito el pago previo de la deuda tributaria por la parte que constituye motivo de la reclamación; pero para que ésta sea aceptada, el reclamante deberá acreditar que ha abonado la parte de la deuda no reclamada actualizada hasta la fecha en que realice el pago.

Para interponer reclamación contra la Orden de Pago es requisito acreditar el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria actualizada hasta la fecha en que realice el pago, excepto en el caso establecido en el numeral 3 del inciso a) del Artículo 119”.

²⁵ El texto de las disposiciones citadas del Código Tributario, vigentes a la fecha en que se resolvió el caso establecían lo siguiente:

“Artículo 162.- TRÁMITE DE SOLICITUDES NO CONTENCIOSAS

Las solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria, deberán ser resueltas y notificadas en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles siempre que, conforme a las disposiciones pertinentes, requiriese de pronunciamiento expreso de la Administración Tributaria.

Tratándose de otras solicitudes no contenciosas, éstas se tramitarán de conformidad con la Ley del Procedimiento Administrativo General”.

En el análisis, se descarta de plano que en el caso resulte de aplicación la interposición de un recurso de reclamación en vista de que la empresa de mandante no cuestionaba resoluciones de determinación y multa u órdenes de pago, a lo que habría que agregar que dicho recurso no estaba previsto para cuestionar la negativa ficta o expresa de acceder al beneficio tributario solicitado por la demandante.

Luego, y en relación con el segundo argumento, consistente en la aplicación del trámite de los procesos no contenciosos, el Tribunal estimó que a la fecha de interposición de la demanda, la SUNAT había excedido en exceso el plazo de 45 días hábiles con los que contaba para resolver las solicitudes presentadas por la actora.

En dicho escenario, al Supremo constitucional se le presentaban dos opciones igualmente válidas: a) consideraba que en el caso correspondía el acogimiento al silencio administrativo negativo y que por ende resultaba exigible el agotamiento del recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal; o, b) aplicando el numeral 4 de l artículo 46 de l Código Procesal Constitucional, considerar que en el caso no era exigible el agotamiento de la vía previa administrativa e n t anto e l pedido no había sido resuelto en plazos legalmente establecidos.

Ante dichas opciones el Tribunal, a efectos de optimizar el acceso al proceso constitucional y ante la duda de si rechazar la demanda o admitirla para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, decide en aplicación de l principio *pro actione* acoger l a segunda posibilidad interpretativa. Por lo que, e n d i cho e xtremo de l caso, resuelve declarar infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, por cuanto la solicitud del demandante

“Artículo 163.- RECURSO DE RECLAMACIÓN O APELACIÓN

Las resoluciones que resuelven las solicitudes a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior serán apelables ante el Tribunal Fiscal, con excepción de las que resuelvan las solicitudes de devolución, las mismas que serán reclamables.

En caso de no resolverse dichas solicitudes en el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, el deudor tributario podrá interponer recurso de reclamación dando por denegada su solicitud”.

no fue resuelta dentro de los plazos legalmente establecidos, resultando de aplicación el numeral 4 del artículo 46 del Código Procesal Constitucional.

En otro caso, vinculado con el acceso a la justicia constitucional y el cuestionamiento de normas tributarias, el Tribunal Constitucional estableció que si la norma cuestionada es una norma autoaplicativa, no resulta exigible el agotamiento de la vía administrativa. Lo que no sucede si se cuestiona una norma heteroaplicativa, es decir aquella que para producir sus efectos requiere de algún acto administrativo de aplicación, en estos casos sí resulta exigible el agotamiento de los recursos previstos en el Código Tributario, por cuanto en estos casos lo que se cuestiona no es la norma *per se* sino el acto administrativo mediante el cual la misma se aplica a un caso concreto (sentencia del EXP N° 3202-2003-AA, caso INVERSIONES DREAMS S.A., fundamentos 1 a 9).

Por otro lado, y vinculado con el acceso a los recursos y el principio *pro actione*, se sabe que en un proceso constitucional -como el amparo o el hábeas corpus- se pueden cuestionar resoluciones judiciales a condición de que éstas tengan la condición de firmes (artículo 4 del Código Procesal Constitucional²⁶), esto es que contra ellas ya no quepa la posibilidad de lograr su reversión dentro del mismo proceso ordinario, porque los recursos legalmente previstos para ello ya han sido agotados.

En dicho contexto, tenemos que en la sentencia del EXP N° 3390-2005-PHC, caso Jacinta Margarita Toledo Manrique (fundamentos 2 y 3), el Tribunal Constitucional entendió que aun cuando la resolución judicial cuestionada en el proceso de hábeas corpus, contenida en el auto que decretaba la medida cautelar de detención domiciliaria en contra de la

²⁶ La disposición citada prescribe: “El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva”. Complementariamente, el Tribunal sostiene que la exigencia de firmeza de una resolución judicial, para ser cuestionada en un proceso de amparo, puede entenderse en dos sentidos: uno formal y otro material.

La firmeza en sentido formal se entiende cuando se exige el mero agotamiento de los recursos previstos en la normas procesal, en cambio la firmeza material supone que contra se ha interpuesto todos los medios impugnatorios previstos a condición que “estos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución que se impugna” (sentencia del EXP N° 2494-2005-PA, caso Bladimiro Huaranca Ayrampo, fundamento 16).

demandante; no tenía la condición de firme al momento de plantearse la demanda (según lo expuesto en la resolución de segunda instancia del hábeas corpus, de fecha 26 de abril de 2005, que declaró improcedente la demanda); no podía desconocer el hecho de que al momento de interponerse el recurso de amparo constitucional ya se había expedido la resolución de segunda instancia en el proceso penal seguido contra la demandante, que confirmó la medida de detención domiciliaria (esta resolución estaba fecha un día después de haberse emitido la resolución de segunda instancia del hábeas corpus, esto es el 27 de abril de 2005).

Atendiendo a las circunstancias descritas, el Tribunal en aplicación del principio *pro actione*, entendió que al momento de evaluar el caso, vía el recurso de amparo constitucional, la resolución judicial cuestionada en el hábeas corpus tenía la condición de firme y definitiva, por lo que procedió a analizar el fondo del caso.

2.3.2. Principio de la suplencia de la queja deficiente

Este principio, de origen mexicano (Carpio Marcos 2004b: 697), determina que ante los defectos o vacíos en las demandas incoadas por los justiciables, el juez debe suplir las omisiones técnico jurídicas de las mismas, pues la suplencia de la queja “consiste en la integración, por el juez del amparo, de las omisiones, errores o deficiencias en que hubiese incurrido el promovente, al formular su demanda” (Fix-Zamudio 1965: 146). En dicho sentido, supone una excepción al principio de estricto derecho que rige el derecho procesal mexicano (López de la Rúa 2009: 204), que entre nosotros se conoce como congruencia procesal, según el cual el juez se encuentra vinculado por lo peticionado y alegado por las partes, no pudiendo variar lo expuesto por las partes para decidir el fondo de la controversia.

Dicho principio supone una herramienta de protección en favor de la parte débil, que por lo general será el demandante o quejoso en amparo (Carpio Marcos 2004a: 702), y que por dicho carácter su uso y empleo por parte de los jueces mexicanos no es sólo una facultad,

sino una obligación para corregir los errores o deficiencias de las demandas de amparo (Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor 2006: 503).

En esa línea, se sostiene que la suplencia de la queja deficiente mexicana contiene a su vez tres sub-principios: la suplencia del error, la suplencia de la queja deficiente en sentido estricto y la suplencia de los agravios formulados en los recursos (Carpio Marcos 2004a: 700).

El primero de los principios mencionados determina que el juez de amparo puede, en su condición de perito en derecho, corregir la identificación equivocada del derecho lesionado e, inclusive, aun cuando el demandante no lo haya identificado o invocado en la demanda, ya que el juez –en virtud a este principio- puede determinar, siempre a partir de los hechos expuestos en la demanda, cuál ha sido el derecho constitucional lesionado (Carpio Marcos 2004a: 701)²⁷.

En cambio, la suplencia de la queja en sentido estricto importa que el juez de amparo pueda tomar como objeto de análisis de fondo, un agravio al derecho constitucional no invocado por el demandante, a condición de que éste se desprenda de lo expuesto en la demanda²⁸. Es de decir, que supone una flexibilización de principio de congruencia procesal, pues permite al juez desatarse, hasta cierto punto, de los hechos considerados como lesivos por el demandante (Carpio Marcos 2004a:701-702).

²⁷ De alguna manera, Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 76 recoge este principio al prescribir que: “El órgano jurisdiccional, deberá corregir los errores u omisiones que advierta en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados [...]”.

²⁸ En dicho sentido, la Constitución mexicana en el quinto párrafo de la fracción II de su artículo 107, establece que “En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria”. Siguiendo esta línea constitucional, el artículo 76 de la Ley de Amparo, citada anteriormente, establece lo siguiente: “El órgano jurisdiccional [...] podrá examinar en su conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, sin cambiar los hechos expuestos en la demanda”.

Al respecto, Carlos Alberto López del Río precisa que este principio si bien obliga al juez a analizar conceptos de violación (actos lesivos) no propuestos por el demandante, no lo obliga a emitir un pronunciamiento favorable a su pretensión (López del Río 2009: 204).

De lo expuesto, se desprende que en México, la suplencia en sentido estricto supone haber superado las vallas procesales de admisibilidad y procedencia de la demanda, pues ésta ingresa en la escena cuando el caso está a punto de resolverse mediante la emisión de la decisión sobre el fondo de la cuestión controvertida. Por dicho motivo, en el derecho procesal constitucional mexicano, este principio se estudia cuando se aborda la temática correspondiente a la sentencia de amparo.

Finalmente, la suplencia de los agravios formulados en los recursos, siguiendo la lógica de la suplencia en sentido estricto, supone la facultad del juez de suplir o integrar las omisiones o deficiencias en que pueda incurrir el quejoso (demandante) cuando interpone un recurso o medio impugnatorio contra una resolución recaída en el seno de un juicio de amparo (Carpio Marcos 2004a: 704-705). Evidentemente, esto no supone que el juez deba suplir las deficiencias procesales para la admisión y/o procedencia de los recursos interpuestos, sino en una integración al momento de resolver el fondo del recurso, es decir, en el momento en que el juez está analizando si la resolución impugnada se ajusta o no a derecho (López del Río 2009: 205-206).

A partir de lo expuesto, se puede concluir que en el derecho mexicano la suplencia de la queja, en las tres expresiones que hemos reseñado, importa siempre una integración judicial para permitir un pronunciamiento sobre el fondo de la demanda, no facultada a suplir deficiencias procesales o formales que permitan justificar la subsanación de defectos o requisitos para la admisión y/o procedencia de las demandas y/o de los recursos²⁹.

²⁹ Para estos casos operarían principios como el *pro actione*, que tratamos en el punto precedente, o el de elasticidad o adecuación de las formalidades procesales, que se desarrollará en el punto siguiente.

En el caso peruano, en su momento la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, estableció en su artículo 7 lo siguiente: “El Juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurra la parte reclamante, bajo responsabilidad”.

Según Edgar Carpio Marcos (2004a: 706-707) a partir de este dispositivo algunos autores entendían que no se había dado cabida a la suplencia mexicana (Alberto Borea) y otros eran de opinión contraria (Samuel Abad).

En línea de principio, Samuel Abad sostenía que la suplencia de las deficiencias procesales desbordaba los cánones de la suplencia mexicana, pues mediante la suplencia mexicana se aludía a la suplencia de los agravios, en cambio, con la suplencia peruana se iba más allá y se postulaba una suerte de suplencia de deficiencias, que incluso contenía la suplencia de los defectos que podrían acarrear la improcedencia de la demanda, como por ejemplo la competencia (Abad Yupanqui 1996: 49-50).

Siguiendo dicho entendimiento, Edgar Carpio señala que la suplencia de las deficiencias procesales optimiza un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, rechazando los rigorismos y formalismos procesales propios del proceso civil (Carpio Marcos 2004a: 716).

En esa dirección, asumiendo una óptica procesal del tema, Edgar Carpio postulaba que la suplencia de las deficiencias procesales debía entenderse como una suplencia de los defectos de los actos procesales; en específico de los actos procesales inválidos, es decir, aquellos que se han producido sin todos sus requisitos o presupuestos, y que pese haber afectado derechos y principios constitucionales, pueden ser subsanados por sí mismos o con la intervención del juez a fin de evitar que sean actos nulos. Desde esta perspectiva, no son objeto de la suplencia los actos defectuosos y los actos nulos; es decir, aquellos actos que sin producirse con todos sus presupuestos y requisitos, afectando derechos y principios constitucionales, son inocuos, esto es sin relevancia; y aquellos otros que no pueden ser reparados por afectar gravemente derechos y principios constitucionales del proceso (Carpio Marcos 2004a: 724).

Sin embargo, con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, la referencia a la suplencia de las deficiencias procesales ha desaparecido de la legislación nacional,

empero, eso no es impedimento para encontrar dentro de mismo Código algunos elementos, tanto de la suplencia de la queja deficiente como de la suplencia de las deficiencias procesales. Así Samuel Abad señala que a partir del principio de dirección judicial del proceso, o del deber de impulso de oficio que recae en el juez o por último, pero no menos importante, del principio de adecuación de formalidades procesales (o de elasticidad), que trataremos a continuación, considera que se hallan presentes los criterios que inspiran a la suplencia de la queja deficiente mexicana (Abad Yupanqui 2008: 194-195).

Ahora bien, a pesar de que teóricamente se ha entendido que la suplencia de la queja permite integrar los vicios vinculados a la exposición de los agravios (actos lesivos) al derecho contenidos en la demanda, o a la subsanación o convalidación de los actos procesales inválidos; la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha tenido un entendimiento más amplio del principio.

De esta manera en la jurisprudencia constitucional se pueden advertir casos en los que se han suplido omisiones vinculadas con la correcta identificación del sujeto que debería ser emplazado³⁰; el derecho fundamental afectado³¹ o la norma constitucional que lo reconoce³²; considerar además otro derecho fundamental lesionado a pesar de no haber sido advertido por el demandante³³.

³⁰ Sentencia del EXP N° 2064-2006-PA, caso Coordinadora de Comunidades Nativas y Campesinas de la Cuenca de Nanay, fundamentos 3 y 4.

³¹ Sentencia del EXP N° 0905-2001-AA, caso Caja de Ahorro y Crédito Rural de San Martín, fundamentos 2 y 4.

³² Esta interpretación del Tribunal lleva a confundir a la suplencia de la queja deficiente con el *iuranovit curia* (o la suplencia del error mexicana), en cuanto a la correcta identificación del derecho constitucional lesionado.

³³ Sentencia del EXP N° 3426-2008-PHC, caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto, fundamento 3.

Igualmente, en virtud a la suplencia de la quejase de cidió otorgar un plazo prudente para que el demandante subsane la omisión de acompañar al recurso de queja por denegatoria de recurso de agravio constitucional, la copia de la notificación de la resolución recurrida³⁴.

En otro caso, el Tribunal procedió a modificar el petitorio para entender que en la demanda no se peticiona que se “deje sin efecto legal alguno” una norma legal, sino que lo que se pretende en realidad es que “se declare su inaplicación” al caso concreto³⁵.

Finalmente, han ocurrido casos en los que para resolver el fondo de una controversia, se procedido a analizar un agravio distinto al que motiva el amparo, lo que –sin lugar a dudas– acerca el accionar del Supremo constitucional a la suplencia mexicana, así por ejemplo al denunciarse un despido discriminatorio por razón de embarazo, al no haber medios de prueba suficiente, se opte por analizar si los contratos modales suscritos entre el demandante y su ex empleadora se encontraban desnaturalizados; a efectos de determinar el cese por vencimiento de contrato era correcto o no³⁶.

Empero, la jurisprudencia ha sido enfática en recalcar que este principio no justifica que el juez constitucional pueda variar los hechos que se han expuesto en la demanda; en dicha dirección, en la jurisprudencia se ha declarado que “Es importante precisar que los hechos nacen antes que el proceso; en consecuencia, estos hechos pertenecen a las partes, por lo que el juez [constitucional] no puede basar su resolución en hechos no alegados por ellos” (sentencia del EXP N° 569-2003-AC, caso Nemesio Echevarría Gómez, fundamento 13).

³⁴ Resolución recaída en el EXP N° 182-2010-Q, caso Santiago PassoniHinostraza.

³⁵ Sentencia del EXP N° 254-95-AA, caso Roger Herminio Salas Gamboa, fundamento 2.

³⁶ Sentencia del EXP N° 2148-2010-PA, caso MaybellineYesenia Mera Chávez, fundamento 9.

2.3.3. Principio de elasticidad, de preferencia del derecho sustancial o adecuación de formalidades procesales

Si el principio de suplencia supone el desapego de los términos de la demanda; el principio de elasticidad supone el desapego de las formalidades procesales atiendo al logro de los fines de los procesos constitucionales: la garantía de la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (Castillo Córdova 2006a: 53). En otras palabras, este principio supone la preferencia del derecho sustancial sobre -o la adecuación de- las formalidades procesales para lograr los fines de los procesos constitucionales. Este principio se sustenta en una visión dúctil del proceso, en la hegemonía de su finalidad instrumental.

En ese sentido, para Luis Roel Alva mediante el empleo del principio de elasticidad se faculta al juez constitucional a adaptar la norma procesal a los fines del proceso constitucional, es decir que la norma procesal debe propender a lograrla garantía de la supremacía jurídica de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales. Si esta adecuación es insuficiente o, aún con ella, se entorpece alcanzar dichos fines, se allana el camino para la aplicación del control constitucional difuso, pues el carácter instrumental del proceso constitucional determina que deba buscarse una interpretación de las normas procesales conforme, que lo compatibilice, con la protección del derecho fundamental lesionado e invocado en la demanda (Roel Alva 2010: 123-124, 126, Espinoza Zevallos 2008:10 y 11).

Por su parte Peter Häberle comentando la ampliación del concepto de participante (parte) del proceso constitucional a efectos de habilitar la participación de terceros, señala que la: “(...) elasticidad que el TFCA tiene en cuenta en este caso es impresionante. La ruptura de la estrechez de un instituto procesal es causada por consideraciones objetivas y concretas. Estas ampliaciones cuidadosas de los institutos procesales se basan en la interrelación objetiva de la Constitución y el Derecho procesal constitucional” (Häberle 2004b: 22).

Este principio justifica que las formalidades procesales puedan ser adaptadas a las necesidades finalistas del proceso constitucional. Es mediante este principio que se patentiza el rol instrumental del proceso, en tanto las formalidades se instrumentalizan para lograr los fines de tutela de la supremacía constitucional y de protección efectiva de los derechos fundamentales; ya sea mediante el no cumplimiento de un requisito formal o mediante la inaplicación de la norma procesal al caso concreto (Castillo Córdova 2006a: 54).

La práctica jurisprudencial muestra que mediante el principio de elasticidad se ha dado trámite a un recurso de amparo constitucional formulado oralmente, en el curso de un proceso de hábeas corpus, sin tener constancia escrita de los fundamentos que lo sustentan³⁷.

De igual manera, a la amparo del principio de elasticidad, se decidió dar trámite a una demanda de amparo formulada por la madre de la agraviada en el caso, atendiendo al hecho de que ésta no podía delegar su representación, pues se encontraba incapacitada –no pudiendo valerse por sí misma– e internada en un centro hospitalario (todo apuntaba a que en el caso no se realizó el respectivo proceso de interdicción)³⁸.

En otros casos, sobre la base de la adecuación de las formas procesales se ha decretado la conversión de procesos de hábeas corpus³⁹, cumplimiento⁴⁰ y hábeas data⁴¹ en un proceso de amparo, a efectos de poder brindar protección judicial a los derechos invocados en la demanda. También, facilitando la aplicación del litisconsorcio facultativo en sede de l

³⁷ Sentencia del EXP N° 3790-2005-PHC, caso Moisés Simón LímacoHuayascachi, fundamento 2.

³⁸ Sentencia del EXP N° 1956-2004-AA, caso Martha OlindaConbe Rivera, fundamento 2.

³⁹ Sentencia del EXP N° 05328-2006-PHC, caso Antenor Gustavo Jorge aliaga, fundamento 2 y 3; sentencia del EXP N° 05761-2009-PHC, caso Carmen Julia EmiliPisfil García, fundamento 46.

⁴⁰ Sentencia del EXP N° 4700-2011-PC, caso Universidad Alas Peruanas, fundamentos 5 y 6.

⁴¹ Sentencia del EXP N° 1052-2006-PHD, caso Andrés Astuvilca Flores, fundamento 4.

Tribunal Constitucional, cuando normativamente es sólo para la sede constitucional en el Poder Judicial⁴².

2.3.4. Principio de autonomía procesal

En la práctica cotidiana del derecho se constata que muchas veces las previsiones del legislador ordinario son rebasadas por la complejidad de la realidad. En efecto, diariamente los abogados tienen que idear estrategias y formas de solución a los problemas que en el día a día enfrentan sus patrocinados, y muchas veces las soluciones a dichos problemas no se encuentran expresamente previstas en el ordenamiento legal positivo.

En línea de principio, las normas legales están previstas a modo de supuesto de hecho – consecuencia jurídica, esto es problema legal – solución jurídica; como por ejemplo: si alguien mata a una persona – recibirá una condena que lo privará de su libertad personal por un determinado período, o cuando pensamos en la conformación de un colectivo social, en el que se requiere la agrupación de un número determinado de personas más el cumplimiento de ciertos requisitos (escritura pública de constitución y registro) – tenemos como resultado una persona jurídica constituida legalmente y con existencia propia para el derecho.

Sin embargo, en la realidad diaria las cosas no siempre suceden como en los ejemplos descritos. En efecto, casi siempre el abogado se enfrenta a problemas complejos cuya solución legal no encuentra previsto de modo explícito en una norma positiva al modo: supuesto de hecho – consecuencia jurídica. Es en este tipo de casos donde el ingenio y la creatividad del abogado deben ayudarlo a encontrar una solución legal éticamente correcta, utilizando para ello la mejor arma que tienen los operadores del derecho: la interpretación jurídica.

⁴² Resolución del EXP N° 5187-2007-PA, caso Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú, fundamento 2.

El escenario descrito si bien corresponde en principio a los abogados, esto no es ajeno a los jueces, quienes diariamente dan solución a diversos problemas que los justiciables les plantean.

Desde luego, sin negar que existan soluciones ya previstas en el ordenamiento jurídico, producto del hecho de que son comunes y que por su continuidad ya hayan encontrado una solución –si se quiere– típica⁴³ por el legislador, muchas veces los jueces también se enfrentan a problemas de gran complejidad, cuya solución no se encuentra prevista en una norma positiva.

Si esto es así para la justicia ordinaria, es obvio que para la justicia constitucional también es igual, por cuanto las previsiones hechas por el legislador procesal (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y Código Procesal Constitucional) muchas veces son insuficientes para la compleja realidad que tienen que enfrentar los jueces constitucionales, tanto los del Poder Judicial como los del Tribunal Constitucional.

La complejidad de los problemas que la justicia constitucional tiene que resolver es especialmente relevante, pues llegan a su conocimiento pretensiones de gran complejidad política⁴⁴, económica⁴⁵ y social⁴⁶; cuyo tratamiento amerita una especial sensibilidad por parte de la magistratura constitucional.

⁴³ Pensemos por ejemplo en un padre que abandona a su familia, esposa e hijos menores de edad, siendo la solución típica prevista por el ordenamiento la condena al pago de los alimentos, que comprenden, alimentación, vestido y educación; o en el caso de atentados a través de lesiones o amenazas (delitos y faltas) a los bienes que la sociedad considera relevantes para la convivencia (vida, propiedad, honor, etc.), la respuesta prevista por el legislador es la imposición de una pena.

⁴⁴ Carga política que puede darse en el caso de confrontación entre el gobierno central y los gobiernos regionales y municipales por invasión o atribución de competencias ajenas, dentro del proceso de descentralización que vive el país. Un ejemplo paradigmático es el conflicto suscitado entre el gobierno central y los gobiernos regionales de Huánuco y Cusco, cuando éstos intentaron legalizar el comercio de la hoja de coca para fines de “chacqueo”. Ver al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP N° 0020 y 0021 (acumulados) -2005-PI/TC, caso del Presidente de la República contra los Gobiernos Regionales de Huánuco y Cusco.

⁴⁵ Al respecto puede verse las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional sobre normas tributarias: a) caso del Impuesto a las Transacciones Financieras – ITF (EXPS. N° 0004, 0011, 0012, 0013, 0014, 0015, 0016 y 0027 (acumulados)-2004-AI); y, b) el caso de los arbitrios municipales (las sentencias recaídas en: EXP. N° 0041-2004-AI, caso Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, EXP N° 00053-2004-PI, caso

Ante este escenario, en el cual las previsiones del legislador procesal son insuficientes frente a la problemática que la justicia constitucional enfrenta, el Tribunal Constitucional ha establecido, a través de su jurisprudencia, que goza de una autonomía procesal que lo habilita a colmar los vacíos que existen en la regulación del proceso constitucional⁴⁷.

Así lo ha manifestado el Tribunal en su Resolución admisorio del 08 de agosto de 2005, que recayera en el EXP N° 0020-2005-PI/TC, cuando en su fundamento 2 expresa que: “El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia (...)”.

Ahora bien, no basta que el Tribunal sostenga que tiene la potestad de colmar los vacíos de la regulación procesal constitucional a través de su jurisprudencia, sino que también tal potestad debe estar adecuadamente justificada, pues si no sería un claro ejercicio arbitrario de un poder que en principio no tendría pues, anotamos de forma preliminar, que ninguna norma legal lo faculta para ello de manera explícita.

En esta labor justificadora, el Tribunal considera que cuenta con habilitación legislativa, pues entiende que los vacíos que la regulación legal del proceso constitucional presenta son

Municipalidad Distrital de Miraflores, EXP N° 0018-2005-PI, caso Municipalidad Provincial de Ica, y EXP N° 0012-2005-PI, caso Municipalidad Distrital de San Luis).

⁴⁶ Como casos de relevancia social se puede considerar la inconstitucionalidad de procesos de amparo y cumplimiento que sobre materia pensionaria y laboral llegan a la sede del Tribunal Constitucional, a efectos de que se otorguen pensiones de los más diversos tipos: jubilación, viudez, invalidez, etc., o beneficios laborales contemplados en leyes especiales, sobre todo en el sector público (puede verse al respecto la sentencia del EXP. N° 2616-2004-AC, caso Amando Nelson Sotillo Tuesta, sobre la aplicación de la bonificación especial contemplada en el Decreto de Urgencia N° 037-94, o cuando trabajadores del régimen de la actividad laboral pública o privada injustificadamente despedidos y buscan su reposición a través de la justicia constitucional).

⁴⁷ El principio de autonomía procesal es una creación del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, a partir de la integración de los vacíos normativos que el referido Tribunal advertiera que existían en la legislación procesal constitucional que aplicaba. Al respecto puede verse: Rodríguez – Patrón (2003: 19-49 y 111-128).

una habilitación del legislador a fin de que el Tribunal pueda a través de su jurisprudencia colmar dichos vacíos⁴⁸.

Sin embargo creemos que el Tribunal sí cuenta con dicha habilitación, si bien no de manera expresa, la misma existe de manera implícita, además de provenir del mismo constituyente, cuando el artículo 201 de la Constitución prescribe que: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente (...)”.

Esta última postura ha sido acogida por el Tribunal cuando, aunque no de forma expresa, en otro momento manifiesta que “El Tribunal Constitucional, de conformidad con el principio de autonomía, reconocido en el artículo 201° de la Constitución, tiene la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales(...)”⁴⁹.

Por lo expuesto puede concluirse válidamente, al menos sobre este punto, que en nuestro sistema de justicia constitucional que, a diferencia del sistema al emán (Rodríguez-Patrón 2003, 21 -22), el Tribunal Constitucional cuenta con habilitación constitucional implícita para colmar las lagunas normativas que en la regulación de los diferentes procesos constitucionales se puedan presentar.

Ahora bien, si mediante esta atribución el Tribunal se irroga un enorme poder (*judicial activism*), ya que la autonomía procesal es un poder cuasi legislativo, el mismo debe ser utilizado con medida y ponderación (*judicial selfrestraint*). Muestra de dicha medida es que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el mismo se halla sujeto a límites⁵⁰. A saber,

⁴⁸ Así lo sostiene el TC cuando expresa que “ (...) situaciones que, no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su *praxis* jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto (...)” (Resolución del 08 de agosto del 2005 recaída en el EXP. 0020-2005-PI, fundamento 3)

⁴⁹ Sentencia recaída en el EXP. 05033-2006-AA, caso Víctor Segundo Roca Vargas, fundamento 62.

⁵⁰ Así lo tiene expuesto el Tribunal cuando afirma que: “ (...) esta configuración del proceso a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no constituye, empero, una potestad libre sino sujeta a límites (...)” (Resolución admisorio, de fecha 28 de octubre de 2005, recaída en el EXP. N° 0025 y 0026 (acumulados) -2005-PI, fundamento 21).

estos límites son: a) la regulación constitucional y legal vigente sobre los procesos constitucionales⁵¹; b) el uso ponderado y adecuado del derecho constitucional material⁵²; y c) la vinculación existente entre el derecho procesal constitucional y la teoría general del proceso⁵³.

Reconocidos estos límites, debe agregarse que el uso de la autonomía procesal debe realizarse dentro del marco del derecho constitucional sustantivo y en aras de lograr el perfeccionamiento paulatino de los procesos constitucionales a fin de lograr materializar los fines del proceso constitucional reconocidos en el artículo I I de l Título Preliminar de l Código Procesal Constitucional⁵⁴, no perdiendo de vista que todo uso de su autonomía procesal es instrumental, por cuanto la finalidad última del proceso constitucional es lograr reafirmar la supremacía jurídica de la Constitución y la efectiva tutela y concreción de los derechos fundamentales.

⁵¹ Señala el Tribunal que como primer límite debe tener en cuenta “[...]la regulación constitucional y legal en donde se han establecido los principios fundamentales del proceso constitucional, en este caso el artículo 200 de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puesto que la complementación a la cual puede avocarse el Tribunal no supone una ampliación de sus competencias” (Resolución de fecha 08 de agosto del 2005 recaída en el EXP N° 0020-2005-PI, fundamento 3; y también puede verse lo expresado en el fundamento 21 *in fine* de la Resolución de fecha 28 de octubre del 2005 recaída en el EXP N° 0025 y 0026 (acumulados) -2005-PI).

⁵² Ha dicho el Tribunal que el uso de la autonomía procesal “[...]se realiza en base al uso del Derecho Constitucional material, pero no de manera absoluta; es el caso, por ejemplo, de las lagunas existentes en las prescripciones procesales legales que se detectan y cubren mediante la interpretación que realiza el Tribunal, en el cumplimiento de las funciones que le están encomendadas por la Constitución, empleando para ello determinadas instituciones procesales [...]” (fundamento 3 de la Resolución admisorio de fecha 08 de agosto de 2005 recaída en el EXP N° 0020-2005-PI).

⁵³ Así el supremo intérprete de la Constitución ha expresado que “[...] debe reconocer el lugar que ocupa el Derecho Procesal Constitucional dentro del ámbito del Derecho Procesal general, afirmándose la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, sin que ello suponga negar las singularidades de la jurisdicción constitucional y los principios materiales que la informan; lo contrario comportaría el riesgo de someterse a un positivismo jurídico procesal basado en la ley” (fundamento 3 de la Resolución admisorio de fecha 08 de agosto de 2005 recaída en el EXP N° 0020-2005-PI).

⁵⁴ Ver el fundamento 2 *in fine* de la Resolución admisorio de fecha 08 de agosto de 2005 recaída en el EXP N° 0020-2005-PI.

Algunos ejemplos de su uso en la práctica jurisprudencial son: la creación (o incorporación) de instituciones procesales atípicas en el proceso de inconstitucionalidad, referidas principalmente a la intervención procesal de sujetos no legitimados constitucionalmente (terceros) tales como el “partícipe procesal” o la intervención facultativa; la reconducción de procesos constitucionales hacia las vías judiciales ordinarias por aplicación de los precedentes de los EXP N° 1417-2005-PA (caso Anicama Hernández, sobre la procedencia del amparo en materia previsional), EXP N° 0206-2005-PA (caso Baylón Flores, sobre la procedencia del amparo en materia laboral pública y privada) y EXP N° 0168-2005-PC (caso Villanueva Valverde, sobre la procedencia del proceso de cumplimiento).

También puede citarse a la reconfiguración jurisprudencial del recurso de agravio, constitucional acercándolo a un *certiorari*, mediante la sentencia recaída en el EXP N° 02788-2005-PHC, caso Lagomarcino Ramírez; recurso cuyo ámbito de aplicación fue extendido para cautelar el cumplimiento de los precedentes vinculantes del propio Tribunal, según las reglas establecidas en la sentencia del EXP N° 4853-2004-AA, caso Dirección Regional de Pesquería de la Libertad, el que luego fue dejado de lado mediante la sentencia recaída en el EXP N° 03908-2007-PA, caso Provias Nacional, y que finalmente ha sido retomado parcialmente, cuando el mismo sea empleado por los Procuradores Público para cuestionar sentencias estimatorias de hábeas corpus que resultan favorables a procesados por los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, según las reglas procesales establecidas en la sentencia del EXP N° 02663-2009-PA, caso Martínez Moreno.

En esa misma dirección, cabe citar la ampliación de los supuestos objetivos del conflicto competencial: el conflicto por menoscabo en el ejercicio de competencias o atribuciones, según lo establecido en la sentencia que recayera en el EXP N° 0006-2006-PC, caso MINCETUR contra el Poder Judicial. Como es de conocimiento público, en este caso se cuestionaron una serie de sentencias judiciales emitidas por jueces del Poder Judicial, en procesos de amparo y cumplimiento, que desconociendo precedentes del Tribunal Constitucional autorizaban, fuera de los requisitos establecidos en el marco legal aplicable, el funcionamiento de juegos de casinos y máquinas tragamonedas.

Sin embargo, no han faltado voces críticas en cuanto al uso y empleo de la autonomía procesal. Así por ejemplo Samuel Abad Yupanqui (2009: 17-37), partiendo del hecho de que el Tribunal Constitucional antes de hacer uso de tal concepto innovó el ordenamiento procesal constitucional incorporando instituciones como las sentencias interpretativas, el estado de cosas inconstitucionales, observa que sorprende que ahora estas innovaciones se justifiquen en la “autonomía procesal”.

Su posición se sustenta en los siguientes argumentos:

- a) La pretendida autonomía del derecho procesal constitucional (Häberle 2004b) no debe soslayar que hoy en día el derecho procesal es instrumental respecto del derecho material: “Este carácter instrumental del Derecho Procesal permite entender a cabalidad el rol que cumple el Derecho Procesal Constitucional: se trata de un instrumento para garantizar la vigencia de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales. En este sentido, al momento de interpretar o integrar un vacío normativo el juez deberá haberlo vinculando a la función del proceso a esa finalidad y a la necesidad de garantizar una tutela jurisdiccional efectiva [...] pues los derechos y principios constitucionales no sólo vinculan a legisladores sino también a los jueces” (Abad Yupanqui 2009, 27).
- b) Si bien la constitución reconoce autonomía al Tribunal Constitucional debe estarse al hecho de que existe una reserva de ley orgánica para la creación de reglas procesales (Abad Yupanqui 2009: 36).
- c) La creación jurisprudencial de reglas procesales por parte del Tribunal Constitucional supone un ejercicio de interpretación sobre la Constitución y su ley orgánica, así como de integración de lagunas en la regulación procesal; para ello resultan suficientes las teorías de la interpretación e integración de las normas (Abad Yupanqui 2009: 36).

- d) A pesar de lo recurrente a la “autonomía procesal” de recordarse que anteriormente se desarrollaron instituciones procesales al margen de dicho concepto (como las sentencias interpretativas y el estado de cosas inconstitucional) (Abad Yupanqui 2009: 37).
- e) La categoría autonomía procesal es “innecesaria”, más si se pretende justificar en la tesis de Häberle del derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado: “Consideramos que es indispensable rescatar el carácter instrumental del Derecho Procesal y a partir de ahí interpretar, integrar y adaptar las categorías de los procesos constitucionales para cumplir con su finalidad urgente de proteger los principios y derechos fundamentales” (Abad Yupanqui 2009: 37).

A pesar de estos autorizados argumentos, creemos que la autonomía procesal constitucional es un principio que coadyuva a la realización instrumental del proceso constitucional, en tanto permite el perfeccionamiento o reconfiguración de las instituciones procesales a efectos de poder adaptarlas a las necesidades y particularidades de los procesos constitucionales.

2.4. Elementos que caracterizan a los procesos constitucionales

2.4.1. Los procesos constitucionales: fundamento constitucional

El fundamento constitucional de una institución no se reduce a su mera enunciación normativa en el texto escrito de la Constitución, sino a la corrección argumentativa que lo justifica dentro del ordenamiento constitucional.

Los procesos constitucionales no son fines en sí mismo sino que tienen un carácter instrumental, ya que sirven para brindar tutela efectiva a su objeto de protección: la supremacía jurídica de la Constitución y los derechos fundamentales. Los procesos constitucionales también tienen un sustento jurídico material en el derecho a la protección

jurisdiccional de los derechos, que a su vez tiene fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos (Huerta Guerrero 2011: 211-241).

Este fundamento material ha sido acogido por el Tribunal Constitucional cuando expone que:

“La Constitución de 1993 ha establecido en el Título V, denominado “Garantías Constitucionales”, un conjunto de disposiciones que regulan, entre otras previsiones, los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data. De este modo, nuestra Norma Fundamental ha consagrado un conjunto de garantías específicas para la protección de los derechos fundamentales, constituyendo una *tutela especializada* (a cargo de jueces constitucionales) distinta a aquella *tutela común* (a cargo de jueces ordinarios)” (EXP N° 5374-2005-PA, caso Adela Eskenazi de Yarin, fundamento 2).

Entonces, el fundamento constitucional que justifica la presencia de los procesos constitucionales, dentro del texto constitucional, viene dado por un lado por el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y por el otro, la necesidad de que los derechos fundamentales cuenten con un mecanismo especial de protección, que además debe contar con ciertas características que lo hace idóneo para la tutela procesal efectiva de los mismos.

2.4.2. Los procesos constitucionales y los derechos fundamentales

Remarcando la finalidad instrumental de los procesos constitucionales en relación con los derechos fundamentales, debe señalarse que los primeros al garantizar la eficacia de los segundos, es decir su aplicación práctica a los casos concretos, es que se afianza la legitimidad del propio sistema de democrático. En dicho sentido el Tribunal Constitucional tiene manifestado que:

“(…) los «derechos fundamentales» y las «garantías para su protección» se han constituido como institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos sólo podrían «realizarse» en la medida que cuenten con mecanismos «rápidos», «adecuados» y

«eficaces» para su protección. Los derechos y sus mecanismos procesales de tutela se constituyen así en el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento de l sistema democrático” (EXP N° 5374-2005-PA, fundamento 2).

Por lo tanto, existe una relación de implicación recíproca entre el proceso constitucional y los derechos que tutela, ya que sin el medio procesal los derechos fundamentales no pueden ver garantizada su realización en la realidad.

2.4.3. La doble dimensión de los procesos constitucionales

En la dogmática constitucional es relativamente pacífico aceptar que los derechos fundamentales son derechos subjetivos (Bernal Pulido 2009: 16-21), que además tienen una dimensión objetiva o institucional.

Sucede que los derechos fundamentales no sólo son derechos subjetivos, es decir posiciones jurídicas o conductas que una persona puede realizar o exigir que otra haga en su favor, sino también valores objetivos que informan todo el ordenamiento jurídico (Castillo Córdova 2003: 183-195, 2007: 275 y ss., Tolé Martínez 2006: 256-278).

Esta doble dimensión de los derechos fundamentales se proyecta a los procesos destinados a su tutela, en dicho sentido se sostiene que los procesos constitucionales tienen una dimensión subjetiva y también una dimensión objetiva.

2.4.3.1. Dimensión subjetiva de los procesos constitucionales

Cuando se afirma que un proceso constitucional tiene una dimensión subjetiva, se alude al hecho de que está destinado a la satisfacción de una pretensión individual que se sustenta o justifica en una norma que reconoce un derecho fundamental, por lo tanto su finalidad en tanto proceso subjetivo es brindar tutela efectiva a la situación jurídica particular que el demandante presenta al juez en su acto procesal postulatorio.

Esto determina, que el juez constitucional tenga en primera línea un interés particular que debe de atender. No debe olvidarse que, en un proceso de protección de derechos, el justiciable acude ante las instancias judiciales a efectos de alegar que sus derechos constitucionales han sido lesionados que están siendo amenazados. Por lo que la satisfacción que busca el justiciable es la remoción de esa lesión o que se disipe la amenaza; que el ejercicio y respeto efectivo del derecho sea repuesto, volviendo las cosas al estado anterior a la violación del mismo o que se restablezca el estado de tranquilidad previa a la zozobra que pueda generar la intimidación.

En dicho sentido, se ha señalado que con la dimensión subjetiva de los procesos constitucionales se “alude a la vocación de este tipo de procesos de proteger los derechos fundamentales de las personas en situaciones concretas”, lo que inclusive es extensible a la protección de aquellos intereses difusos, no titularizables por una persona en particular, sino por un colectivo o universo de ellas, como el derecho al medio ambiente, ya que lo que se protege es el derecho en esa situación concreta de lesión o amenaza (Salomé Resurrección 2010: 81).

Ahora bien, es cierto que los procesos constitucionales de la libertad por lo general siempre suponen un interés subjetivo que atender, empero existen ciertos casos, en que dicho interés particular trasciende al caso, en tanto otras personas se encuentran en una situación similar de vulneración de afectación general de sus derechos.

En estos casos, la solución que se brindará, si bien colmará las expectativas del recurrente en amparo, siempre trascenderá a dicha esfera subjetiva particular, pudiendo eventualmente ampliarse los efectos de dicha decisión. Precisamente, esta ampliación del espectro de protección de un proceso constitucional subjetivo, como el amparo o el hábeas corpus, se justifica en su dimensión objetiva.

2.4.3.2. Dimensión objetiva de los procesos constitucionales

La dimensión objetiva de los procesos constitucionales supone atender una situación lesiva a derechos fundamentales más allá del caso individual que el juez tiene entre manos. Implica la extensión de la protección del derecho fundamental, ya no sólo como derecho individual titularizado por el demandante, sino como principio del ordenamiento, más allá de la satisfacción de la pretensión específica del caso, con miras a ampliar la protección constitucional dispensada, mediante por ejemplo la declaración del “estado de cosas inconstitucional”, institución procesal de origen colombiano (Tolé Martínez 2006: 278 y ss.).

En la jurisprudencia se ha señalado como fundamento de esta dimensión objetiva –a la par que la dimensión subjetiva– el hecho de que hoy se considere que los derechos fundamentales tienen una doble dimensión –objetiva y subjetiva– que se proyecta, por el efecto de irradiación que de tentan, a todo el ordenamiento. Siguiendo dicha línea de pensamiento, ha señalado que:

“los derechos fundamentales no sólo tienen una vertiente subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional y, en esa condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción. En esa medida, el Tribunal considera que el amparo no sólo puede entenderse como un proceso en cuyo seno se diluciden problemas que atañen únicamente a las partes que en él participan, sino como una acción de garantía en la cual subsyace un orden público, representado por los derechos constitucionales cuya defensa, en el ámbito de su competencia, la Norma Suprema ha encomendado al Tribunal Constitucional” (sentencia del EXP N° 2050-2002-AA, caso Carlos Israel Ramos Colque, fundamento 25 *in fine*).

De esta manera, vía la dimensión objetiva del proceso constitucional, no sólo se persigue la tutela subjetiva del interés individual (la protección en el caso concreto del derecho fundamental lesionado o amenazado); sino fundamentalmente brindar una protección

superlativa al derecho fundamental, en tanto con ello se persigue cautelar objetivamente la supremacía constitucional (Salomé Resurrección 2010: 88).

En esa misma dirección, se ha sostenido que mediante un proceso fundamentalmente subjetivo, como el amparo, el justiciable también ayuda a “preservar el derecho constitucional objetivo y [contribuye] a su interpretación y desarrollo”, pues al accionar judicial activado además de brindar tutela a su derecho fundamental, contribuye a la “defensa objetiva de la Constitución” (Limbach 2000: 71).

A partir de lo expuesto, como ejemplo de aplicación de la dimensión objetiva de los procesos constitucionales tenemos, como ya se dijo, a la declaración del “estado de cosas inconstitucional”, técnica procesal que permite ampliar los efectos de una sentencia recaída en un proceso de tutela de derechos fundamentales, a sujetos que *prima facie* no han participado en el proceso; pero cuyos derechos fundamentales están íntimamente vinculados con la controversia resuelta.

Como se sabe, en nuestro país uno de los primeros casos en las que se empleó la citada técnica fue sentencia de l caso Julia Eleyza Arellano Serquén (EXP N° 2579 -2003-HD, fundamentos 18 y s s.); en el que –como se sabe - el Consejo Nacional de Magistratura a partir de una disposición de su Ley Orgánica, de negó a la demandante un a serie de documentos vinculados con su proceso de evaluación y ratificación como magistrada del Poder Judicial. Al advertirse en el caso que no sólo la recurrente venía siendo afectada por tal actuación, sino también otros magistrados que no podían tener acceso a los documentos aludidos, el Tribunal entendió que estaba frente a una actuación lesiva de derechos fundamentales que trascendía la relación procesal que estaba conociendo; razón por la cual –vía la declaración del estado de cosas inconstitucionales- decidió ampliar los efectos de la sentencia a efectos de no se volviese a incurrir en una afectación similar, disponiéndose que en un plazo prudencial el Consejo Nacional de la Magistratura adopte las medidas necesarias para no incurrir nuevamente en el acto calificado como lesivo por la magistratura constitucional.

A su vez la dimensión objetiva supone que se preste especial atención, dentro de procesos destinados a la tutela abstracta de la supremacía constitucional, a los intereses que podrían verse afectados cuando se analiza la constitucionalidad de una norma legal. No debemos olvidar que una norma de rango legal, cuestionada en un proceso de inconstitucionalidad, puede acarrear afectaciones a un número indeterminado de sujetos individuales, por lo que la dimensión objetiva no niega la mirada a la dimensión subjetiva de los intereses involucrados en el caso. Como ejemplo de ello podemos citar la Ley de Reforma Constitucional que dispuso el cierre del régimen previsional del Decreto Ley 20530 (llamada ley de la cédula viva) y que fuera objeto de análisis constitucional en la sentencia recaída en el EXP N° 050 (y otros acumulados)-2004-AI.

2.5. Tipología de los procesos constitucionales

Clásicamente y a partir de una clasificación tomada de Mauro Capelletti se solía dividir a los procesos constitucionales en: procesos constitucionales orgánicos y procesos constitucionales de la libertad. Es decir aquellos destinados a la cautela de la regularidad de la parte orgánica (división de poderes) y de la parte dogmática (derechos y libertades) de la Constitución.

Sin embargo, esta clasificación basada en la clásica división estructural de la Constitución, supone una separación rígida de los procesos, ya que un proceso constitucional o era de tipo orgánico (como el de inconstitucionalidad o el proceso competencial) o era un proceso de la libertad (amparo, hábeas corpus). Por lo que, sus fines eran -en estricto- o la defensa del principio de división de poderes o de los derechos y libertades fundamentales.

Hoy en día dicha clasificación ha sido dejada de lado por una clasificación que atiende a los fines de los procesos constitucionales. Así, desde una perspectiva material, cabe señalar que existen procesos constitucionales destinados a garantizar la supremacía jurídica de la

Constitución y procesos constitucionales cuya finalidad es la tutela efectiva de los derechos fundamentales (Huerta Guerrero 2005: 388)⁵⁵.

Debe precisarse además que esta clasificación no supone una rígida separación entre los mismos, en tanto dentro de un proceso de tutela de derechos, subjetivo por excelencia, sin duda se reafirma la supremacía jurídica de la Constitución, en la medida que reafirmar la vigencia de un derecho fundamental supone reafirmar la supremacía jurídica del documento que lo reconoce.

En el mismo sentido, dentro de un proceso objetivo por excelencia, como el proceso de inconstitucionalidad, muchas veces se plantean cuestionamientos a diversas normas no porque trasgredan el principio de separación de poderes u otras reglas constitucionales (como por ejemplo el principio de publicidad de normas para la entrada en vigencia de aquellas que regulan tributos municipales), sino porque lesionan derechos fundamentales.

A propósito de lo afirmado, podemos citar el cuestionamiento de la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional del régimen pensionario de Decreto Ley N° 20530 (conocido como cédula vi va), y N° 28449, Ley de aplicación de nuevas reglas pensionarias para el Decreto Legislativo N° 20530. Como se sabe, en dicho caso se cuestionaba que la reforma

⁵⁵ En nuestro medio, atendiendo también a los fines de los procesos constitucionales, se ha empleado una clasificación tripartita de los mismos: a) procesos de control normativo, b) procesos de tutela de derechos, y c) procesos que garantizan la distribución del poder (Salomé Resurrección 2010: 58-73, que con algunas adaptaciones toma la clasificación realizada por Fernández Rodríguez 2005: 140-142 y 2007: 72-84).

En la tipología empleada en este trabajo hemos optado por considerar a este tercer tipo de proceso (que no sería otro sino el proceso competencial), dentro de aquellos que buscan garantizar la supremacía jurídica de la Constitución, en tanto la adecuada distribución y ejercicio del poder y de las competencias establecidas en la Constitución significa en buena cuenta garantizar su supremacía jurídica; pues una distribución o ejercicio irregular de las competencias constitucionales significa también un desconocimiento de la primacía de la Constitución, como fuente de las fuentes en nuestro ordenamiento.

A pesar que Luis Huerta menciona la clasificación material de los procesos constitucionales citada, propone una clasificación tripartita: a) procesos de tutela de los derechos fundamentales; b) procesos destinados a garantizar la supremacía jurídica de la Constitución; y c) procesos de conflicto competencial entre órganos constitucionales (Huerta Guerrero 2005:389).

constitucional introducida lesionaba el derecho a la pensión y el derecho a la propiedad de los pensionistas (EXP N° 00050 (y otros acumulados)-2004-PI).

Del mismo modo, podemos citar el caso en el que se cuestionó, vía proceso de inconstitucionalidad, la redacción original del segundo y tercer párrafos del artículo 15 del Código Procesal Constitucional. Estas disposiciones, establecían reglas especiales para conceder medidas cautelares en procesos de amparo cuando se cuestionaban actos administrativos municipales y regionales, reglas que eran sustancialmente más gravosas para el justiciable que aquellas las previstas para solicitar una medida cautelar, cuando se cuestionaba otro tipo de acto lesivo. En el caso se postuló, como argumento, que las disposiciones cuestionadas del artículo 15 del Código Procesal Constitucional lesionaban el derecho a la igualdad, a la tutela cautelar y a la tutela jurisdiccional (EXP N° 0023-2005-PI)⁵⁶.

A continuación se realizará una breve presentación de los procesos cuya finalidad es garantizar la supremacía jurídica de la Constitución, así como de los que tienen por objeto primordial brindar una efectiva tutela a los derechos fundamentales, según la regulación establecida en la Constitución de 1993, el Código Procesal Constitucional y algunos aportes de nuestra doctrina. Debe precisarse que en el mismo no se hará referencia al proceso constitucional de amparo, en tanto el tema del presente trabajo forma parte del mismo, por lo que tal proceso será desarrollado en mayor detalle, en aquellos aspectos que estén estrechamente vinculados con la investigación, en el punto 3.

⁵⁶ Sobre este caso y en general sobre la regulación de la medida cautelar en el amparo puede verse: Abad Yupanqui 2009d: 93-112.

2.5.1. Procesos de tutela de la supremacía jurídica de la Constitución

2.5.1.1. Proceso de inconstitucionalidad⁵⁷

Proceso cuya finalidad primordial es la defensa de la supremacía jurídica de todo el contenido constitucional. Constituye el paradigma del control concentrado de la constitucionalidad. Mediante él se realiza un juicio abstracto de compatibilidad entre lo dispuesto en la norma constitucional y lo señalado en las normas infraconstitucionales.

Mediante el proceso de inconstitucionalidad se controla la conformidad de las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, leyes orgánicas, ordenanzas municipales y regionales, leyes de reforma constitucionales y tratados internacionales, que infrinjan la Constitución por el fondo o por la forma.

Los legitimados para interponer la demanda tienen legitimación extraordinaria, ya que sólo pueden incoarla los sujetos señalados en el artículo 203 de la Constitución: Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, 25% del número legal de Congresistas, los colegios profesionales en materias de su especialidad, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, los Presidentes de Región con acuerdo del Consejo Regional o los Alcaldes con acuerdo del Consejo Municipal.

La sentencia recaída en un proceso de inconstitucionalidad se publica en el Diario Oficial, y al día siguiente la norma declarada inconstitucional deja de tener vigencia. Por lo que la sentencia tiene fuerza de ley, eficacia *erga omnes* y efectos de cosa juzgada. La sentencia de un proceso de inconstitucionalidad tiene fuerza de ley, en tanto mediante ella se puede dejar sin efecto lo dispuesto por una ley o norma de igual rango. Estas sentencias como regla general tienen efectos a futuro y excepcionalmente en materia penal y tributaria pueden tener efectos retroactivos. Asimismo se predica de la misma una eficacia *erga*

⁵⁷ Sobre el proceso de inconstitucionalidad puede verse: BragueCamazano (2009: 485-517).

omnes en tanto vincula tanto al poder público como a los sujetos privados. Finalmente, tiene efectos de cosa juzgada, en tanto la norma de clara constitucional no puede nuevamente cuestionada o la de clara inconstitucional no puede ser puesta en vigencia nuevamente.

2.5.1.2. Proceso de acción popular

El proceso de acción popular procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

Puede ser interpuesta la demanda por cualquier persona. Es competencia exclusiva del Poder Judicial resolver la demanda. El plazo para impugnar una norma infralegal vía el proceso de acción popular prescribe a los 5 años contados desde el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial.

Se ha previsto que puede solicitarse medida cautelar de suspensión de los efectos de la norma impugnada a condición de que exista sentencia estimatoria de primer grado.

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano.

Cabe precisar que sobre este proceso no existe mucho desarrollo jurisprudencial o el mismo no es conocido, dado que las sentencias recaídas en estos procesos no son de fácil acceso (sólo pueden acceder a ellas quienes están suscritos al Diario Oficial, donde las mismas se publican).

2.5.1.3. Proceso competencial

El proceso competencial tiene por finalidad la tutela del principio de separación de poderes, en tanto a través del mismo se determina si una poder o entidad pública, reconocidos constitucionalmente, afectan o no el ejercicio de las competencias constitucionalmente atribuidas a otra.

Como ejemplos pueden citarse la sentencia recaída en el EXP N° 0004-2004-CC, en el cual se determinó que el Poder Judicial es el órgano encargado de elaborar su propio presupuesto, el cual no puede ser observado por el Poder Ejecutivo, y además es el encargado de sustentarlo ante el Congreso, quien en ejercicio de sus atribuciones puede introducir modificaciones.

Mediante la sentencia del EXP N° 0006-2006-PC se estableció que el Poder Judicial estaba interfiriendo mediante el ejercicio de sus propias funciones jurisdiccionales con el ejercicio de las competencias atribuidas al Poder Ejecutivo. En el caso se estableció que existían una serie de sentencias de amparo, dictadas por el Tribunal Constitucional, que señalaban que la regulación entonces vigente para autorizar a empresas a operar juegos de casinos y máquinas tragamonedas eran constitucionales, cuya ejecución correspondía al Ejecutivo, en tanto que el Poder Judicial –a través de juzgados de diferentes distritos judiciales- mediante medidas cautelares y sentencias recaídas en procesos de amparo desconocían lo resuelto por el Tribunal Constitucional y por ende impedían al Ejecutivo ejercer su función constitucional de garantizar el cumplimiento de las sentencias judiciales.

Asimismo, el proceso competencial cumple una finalidad de primera línea en el proceso de descentralización que aún sigue en marcha, pues como producto del mismo son frecuentes los conflictos entre el Gobierno Central y los Gobiernos Regionales, sino recordemos el caso de la legalización del comercio de la hoja de coca dispuesta por el Gobierno Regional del Cusco en el año 2005, mediante la expedición de una ordenanza regional, que finalmente fue declarada nula, en tanto se estableció que dicha competencia le corresponde al Gobierno Central y no al Gobierno Regional de Cusco.

2.5.2. Procesos de tutela de los derechos fundamentales

2.5.2.1. Proceso de hábeas corpus

El hábeas corpus, cuya llegada a nuestro país se fecha en 1897, es sin lugar a dudas el primer mecanismo ideado para la tutela de los derechos de la persona, especialmente el derecho a la libertad individual. Utilizado clásicamente para la protección de la libertad individual (física o de locomoción) frente a privaciones arbitrarias que provengan de agentes públicos (detenciones arbitrarias)

En nuestro país, la práctica jurisprudencial ha establecido una tipología en torno al hábeas corpus, tipología que ha sido acogida parcialmente por la legislación procesal constitucional actualmente vigente.

Así tenemos que en las sentencias de los EXP N° 2663-2003-PHC (fundamento 6) y EXP N° 5559-2009-PHC (fundamento 4) el Tribunal Constitucional ha señalado que existen los siguientes tipos de hábeas corpus:

- Hábeas corpus reparador.- Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato -juez penal, civil, militar-; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc. En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.
- Hábeas corpus restringido.- Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos,

pese a no privarse de la libertad al sujeto, “se le limita en menor grado”. Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.

- Hábeas corpus correctivo.- Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena. Así, procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (tal el caso de personas internadas en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles, etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes. Es también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por la de terminación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.
- Hábeas corpus preventivo.- Éste podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia. Al respecto, es requisito *sine qua non* de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta.

- Hábeas corpus traslativo.- Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es de cir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la de terminación j urisdiccional que resuelva la s ituación pe rsonal de un detenido.
- Hábeas c orpus i nstructivo.- Esta m odalidad podrá ser utilizada cuando no s ea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de s u i nterposición e s no s ólo ga rantizar l a l ibertad y l a i ntegridad personal, s ino, a dicionalmente, a asegurar e l recho a l a vi da, y de sterrar l as prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.
- Hábeas corpus innovativo.- Procede cuando, pese a ha ber cesado la amenaza o la violación de la libe rtad personal, se s olicita la intervención jur isdiccional c on el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante.
- Hábeas cor pus cone xo.- Cabe uti lizarse cu ando se pre sentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un a bogado de fensor l ibremente e legido desde que u na pe rsona es ci tada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno m ismo, o c ontra él o la c ónyuge, etc. Es de cir, si bien no hace r eferencia a la privación o r estricción en sí de la l ibertad física o de la locomoción, guarda, empero, un gr ado razonable de vínculo y e nlace c on éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados.

2.5.2.2. Proceso de hábeas data

El proceso de hábeas data, tomado de la experiencia brasileña, es un proceso de amparo especial, ideado para proteger aquellos derechos que bien podrían verse afectados por el desarrollo tecnológico y el surgimiento de centrales de almacenamiento de información o de datos de carácter sensible que atañen a la propia persona (derecho a la autodeterminación informativa).

Sin embargo, en nuestro país el mayor desarrollo y uso del citado proceso se ha debido fundamentalmente a casos vinculados a la protección del derecho de acceso a la información pública.

Cabe mencionar, que a este proceso le son aplicables las reglas procesales y de procedimiento aplicables al proceso de amparo, según lo dispuesto en el artículo 65 del Código Procesal Constitucional que prescribe: “El procedimiento de hábeas data será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, salvo la exigencia del patrocinio de abogado que será facultativa en este proceso. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso”.

2.5.2.3. Proceso de cumplimiento

Según lo establecido en el artículo 200 inciso 6 de la Constitución el proceso de cumplimiento “[...]procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Este mecanismo procesal tiene su origen en la experiencia constitucional colombiana, que lo introdujo en el artículo 87 de su Constitución de 1991⁵⁸ y su antecedente más remoto – hasta donde conocemos – sería el *writ of mandamus* del *commonlaw*, que fue el tipo de

⁵⁸ El artículo 87 de la Constitución colombiana de 1991 establece lo siguiente: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

proceso en donde el Tribunal Supremo de los EE.UU. aplicó por primera vez la *judicial review* (control judicial difuso de la constitucionalidad de las leyes), en el conocido caso *Marbury vs. Madison*.

En nuestra doctrina se suscitó un interesante debate en torno a dos distintas concepciones sobre este proceso constitucional, que incluso tuvo su repercusión jurisprudencial. Por un lado, se sostenía que este proceso era un típico proceso contencioso-administrativo, que se había constitucionalizado, pero cuyo objeto no era y no podía ser la protección de los derechos fundamentales, partiendo del hecho que su finalidad era buscar que se dé efectivo cumplimiento a lo dispuesto en una ley o en un acto administrativo (Carpio Marcos 2004c: 962-966)⁵⁹. Por otro lado, también se sostenía que el cumplimiento era y es un verdadero proceso constitucional, en tanto y en cuanto su finalidad es la protección del derecho constitucional a la ejecución de las normas legales y de los actos administrativos.

En la jurisprudencia constitucional, mediante la sentencia recaída en el EXP N° 0191-2003-AC (caso Asociación de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social), de fecha 26 de setiembre 2003, el Tribunal Constitucional se decantó por la tesis negatista de cumplimiento como proceso constitucional.

En dicho sentido, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 2 de la sentencia citada, en relación a su concepción sobre el proceso de cumplimiento señaló que:

“La acción de cumplimiento es un “proceso constitucionalizado” que, *prima facie*, no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa.

Se trata, por tanto, de un “proceso constitucionalizado”, como, a su vez, lo es el contencioso-administrativo, y no en estricto de un “proceso constitucional”, toda vez que

⁵⁹ Sobre el particular resulta pertinente citar la posición de Leny Palma quien señala: “Compartiendo el criterio adoptado por quienes ubican al proceso de cumplimiento dentro de los procesos orgánicos, consideramos que éste antes de tutelar un derecho, cautela el principio de la supremacía constitucional, toda vez que su objeto es velar por la vigencia efectiva de las normas legales y actos administrativos” (Palma Encalada 2005).

en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando éste haya sido creado directamente por la Constitución (artículo 200°, inciso 6).

Como todo proceso jurisdiccional –y los “constitucionalizados” como los “constitucionales” no escapan de tal condición–, la posibilidad de que las pretensiones que se planteen en su seno sean objeto de un pronunciamiento sobre el fondo está condicionada a que el demandante satisfaga los presupuestos procesales y, en su caso, las condiciones de la acción que la ley prevea”.

En tanto que sobre el objeto del proceso de cumplimiento, el Supremo constitucional dejó sentado que:

“(…) mediante la acción de cumplimiento no se controla cualquier clase de inactividad, sino exclusivamente la que se ha denominado “material”, es decir, la que deriva del incumplimiento de mandatos nacidos de la ley o de actos administrativos, donde no media la petición de un particular, sino donde se encuentra vinculado, *prima facie*, un deber o el ejercicio de una atribución relacionada con sus competencias naturales⁶⁰.

Mediante la acción de cumplimiento no se controla la denominada “inactividad formal de la administración”, es decir, la que se origina tras el ejercicio del derecho de petición por un particular, pues ésta tiene su instrumento natural de control en la técnica del silencio administrativo negativo, cuyos efectos procesales –derivados de su acojimiento– tienen el propósito de no dejar en estado de indefensión al administrado que hubiese petitionado algo o hubiese interpuesto un medio impugnatorio en el seno de un procedimiento administrativo y que, pese a ello, no hubiese recibido algún pronunciamiento expreso” (fundamento 5)

Finalmente, establecido que el cumplimiento es un proceso ordinario constitucionalizado, como el contencioso administrativo, y que su objeto de control es la inactividad material de

⁶⁰ No obstante lo manifestado por el Tribunal, debe precisar que en alguna sentencia se ha señalado que “El objeto de la acción de cumplimiento es la protección de los intereses legítimos de los administrados ante la inacción “material” de los órganos de la Administración Pública, en la medida que tal inacción no sea un simple letargo administrativo, sino una persistente negativa de acatar lo dispuesto en la norma legal o en un acto administrativo” (sentencia del EXP N° 0654-2003-AC, fundamento 1), por lo que cabría preguntarse cuáles son esos “intereses legítimos de los administrados”, y si dentro de dicho concepto no abrían los derechos fundamentales de la persona

la actuación administrativa, se señala que los mandatos contenidos en normas legales y actos administrativos cuya renuncia a cumplir se pretende controlar, debe de cumplir ciertos requisitos:

“Evidentemente, para que mediante un proceso de la naturaleza que ahora toca resolver – que, como se sabe, carece de estimación probatoria–, se pueda expedir una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo tenga determinadas características. Entre otras, debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitadamente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, en lo que al caso se refiere, que se encuentre vigente”

Sin embargo, dos años después y estando vigente el Código Procesal Constitucional⁶¹, el Tribunal varía su concepción sobre el cumplimiento señalando que el mismo es un verdadero proceso constitucional, teniendo como objeto de protección el derecho a la

⁶¹ Debe precisarse que aun cuando el Código Procesal Constitucional entró en vigencia e hizo suya la regulación del proceso de cumplimiento como proceso constitucional, el Tribunal siguió sosteniendo la tesis del EXP N° 0191-2003-AC, en torno a la concepción del cumplimiento como proceso constitucionalizado, así tenemos por ejemplo:

- a) Sentencia del EXP N° 453-2005-AC (caso Víctor Armando Maggio Gutiérrez), de fecha 3 de marzo del 2005, en cuyo fundamento 2 de jío dicho: “La acción de cumplimiento es un proceso constitucionalizado que, prima facie, no tiene por objeto la defensa de un derecho o principio constitucional, sino los derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa; a lo que debe agregarse que dicho proceso requiere de un mandamus, esto es, la norma o acto administrativo debe tener un mandato de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional, cierto o líquido, y pueda, por tanto, inferirse indubitadamente”.
- b) Sentencia del EXP N° 01900-2005-PC (caso Asociación de Transporte Urbano Público de Piura), de fecha, en el fundamento 2 se señala: “La acción de cumplimiento es un proceso constitucionalizado que tiene por objeto la protección de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa. En ese sentido, el inciso 6 del artículo 200° de la Constitución Política del Perú, señala que su finalidad es preservar la eficacia de las normas con rango, valor y fuerza de Ley, así como de los actos administrativos emanados de la Administración Pública, que funcionarios o autoridades se muestren renuentes a acatar”.

A pesar de que el citado Código ha regulado al cumplimiento dentro de los procesos de tutela de derechos, debe precisarse que la intención de los autores del Código al optar por dicha alternativa no fue asumir una posición teórica en torno a las concepciones del proceso de cumplimiento, sino seguir el mandato constitucional que lo recoge como garantía constitucional en el artículo 200 de la Constitución de 1993. (Abad *et al* 2004)

protección de la eficacia de las normas legales y actos administrativos. En dicho sentido, mediante la sentencia recaída en la causa identificada como EXP N° 0168-2005-PC (caso Maximiliano Villanueva Valverde), el Supremo intérprete de la Constitución señala:

“(…) el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces.

Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los artículos 3°, 43° y 45° de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es reuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.° del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento” (EXP N° 0168-2005-PC, caso Villanueva Valverde, fundamentos 8 y 9).

A pesar de estos valiosos precedentes jurisprudenciales, no ha faltado quien sin negar que el cumplimiento sea un proceso constitucional, pues así aparece de la regulación constitucional vigente, no ha de jado de señalar que si bien puede tener una finalidad constitucionalmente relevante, como es resguardar la eficacia del ordenamiento legal y administrativo, la misma es predicable de todo proceso, incluso de carácter civil, penal, laboral, etc., que en última instancia tienen por finalidad proteger la paz social; su objeto no presenta la misma relevancia constitucional, en tanto se pretende garantizar situaciones que tienen una fuente legal o administrativa, más no constitucional (Sosa Sacio 2009: 45-47).

3. El proceso constitucional de amparo

Bajo las denominaciones de juicio de amparo (México), queja o recurso constitucional (Alemania), recurso de amparo (España, Costa Rica, Bolivia), recurso de protección (Chile), acción de protección (Ecuador), acción de amparo (Argentina) o acción de tutela (Colombia) se han consagrado, en los diferentes ordenamientos jurídicos, instrumentos que tienen por objeto la tutela y protección de derechos constitucionales que no son objeto de protección específica de otros procesos como el hábeas corpus o el hábeas data.

En la presente sección se desarrollarán algunos aspectos teóricos vinculados con el proceso de amparo. Estos aspectos, estarán vinculados con el objeto de la presente investigación, tales como: a) concepciones dogmáticas en torno al amparo, b) elementos característicos, c) presupuestos procesales, d) objeto de protección, e) su carácter residual en relación con los otros procesos constitucionales, y, d) una tipología tentativa a partir de la praxis jurisprudencial.

3.1. Concepciones dogmáticas

El proceso constitucional de amparo es, qué duda cabe, el principal -aunque no único- mecanismo de defensa jurídica de los derechos fundamentales de la persona, instaurándose como un mecanismo “terapéutico” que opera como instrumento “(...) para reintegrar la eficacia de los preceptos desconocidos, violados o inciertos, y, por lo mismo, implica una reparación o restitución de los derechos que tiene asegurados el gobernado por la Ley suprema” (Lara Ponte 1993: 516).

Esta finalidad tuitiva del amparo constitucional en nuestro ordenamiento tiene un reconocimiento constitucional explícito, a partir de la redacción del numeral 2 del artículo 200 de la Constitución de 1993, en donde se ha estipulado que el amparo procede contra las violaciones o amenazas a los derechos constitucionales de la persona. En esa misma línea, el Código Procesal Constitucional remarca la finalidad restitutoria del amparo cuando en su artículo 1, ubicado en sus Disposiciones Generales, establece que un proceso constitucional

como el amparo tiene “por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas a l e stado anterior a la v iolación o am enaza de viola ción de un derecho constitucional”.

Sin pe rjuicio de lo a notado, e n la doctrina y experiencia jurisprudencial com parada s e pueden e ncontrar pos iciones que conciben a este m ecanismo de protección de derechos fundamentales, como un derecho fundamental y como un instrumento judicial.

En relación con la postura que ve en el amparo un derecho, se advierte que “(...) el término amparo comprende el derecho del particular afectado a recurrir ante un tribunal de Justicia para solicitar la protección de los derechos constitucionales desconocidos y el consiguiente deber del citado Tribunal de restablecer la violación al derecho que se produjo en forma efectiva” (Aberastury 1999: 19)

Se inserta en esta misma postura el profesor chileno Humberto Nogueira, quien a partir de lo establecido en la C onvención Americana de Derechos H umanos (que r econoce un derecho a un recurso rápido y efectivo para la protección de los derechos) y en relación con la acción de protección chilena, que es el equivalente al amparo, señala que:

“La acción de protección o amparo de derechos se instrumenta como un derecho a la protección judicial de los derechos, el que debe concretarse en una acción o recurso sencillo, rápido y eficaz a favor de las personas y en el deber de instrumentación que recae en el legislador interno (...) El derecho de amparo o protección de los derechos se estructura como una acción o recurso, que se concreta en un proceso constitucional que, como todo proceso, requiere la existencia de un tribunal competente objetivo e imparcial, constituido previamente a la presentación de la acción, que en el procedimiento exista el derecho a la igualdad de armas (en suma) debe concretarse dentro de las normas del derecho a una racional y justo procedimiento o debido proceso que responde a principios generales asegurados por el derecho internacional de los derechos humanos (...)” (Nogueira Alcalá 2006: 161-162).

Por otro lado, y dentro de la segunda postura reseñada, César Landa tiene manifestado que el amparo constitucional “es un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o amenazas inminentes de su trasgresión” (Landa Arroyo 2006a: 165). En esta misma dirección, el profesor Samuel Abad Yupanqui señala que “(...) el amparo se configura como un proceso urgente que corresponde a la llamada “tutela de urgencia constitucional”, pues exige una protección inmediata de los derechos amenazados o vulnerados” (Abad Yupanqui 2008: 97).

Según José Rivera Santibáñez “(...) el amparo constitucional se concibe como una acción tutelar de tramitación especial y sumarísima, que tiene por objeto la restitución o restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales y garantías constitucionales normativas, con excepción de la libertad física o individual, en los casos en los que sean amenazados, suprimidos o restringidos por actos u omisiones ilegales o indebidos de autoridades públicas o particulares” (Rivera Santibáñez 2006: 81).

Para Julio César Ortiz Gutiérrez la acción de tutela, el equivalente al amparo en Colombia, es “un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en este sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa o supletiva y cuando procede, se activan mecanismos inmediatos, se surten actuaciones perentorias, se adelanta una substanciación preferente, y términos se hacen improrrogables” (Ortiz Gutiérrez 2006: 221).

La profesora Catalina Botero Marino, parafraseando el texto constitucional colombiano de 1991, indica que la tutela colombiana es una acción judicial que se interpone por cualquier persona para la “defensa pronta y efectiva de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial que sirva para tales efectos” (Botero Marino 2009:11-12).

Cabe remarcar que una y otra concepción, en torno al amparo, no son en modo alguno incompatibles, sino plenamente complementarias. Esto por cuanto, dentro de l

entendimiento de l de recho pr ocesal constitucional c omo un de recho c onstitucional concretizado, no s e pue den dejar de l ado l os a spectos s ustantivos que l os pr ocesos constitucionales contienen. Por ello, sin perjuicio del carácter eminentemente procesal del amparo, pues ¡qué duda cabe! es un pr oceso, no pue de ne garse que como tal también se configura como un derecho f undamental. Este e ntendimiento sustantivo-procesal condiciona la regulación que pueda darse al amparo, por lo que los márgenes de acción del legislador en esta materia, si bien amplios (en materia de legitimación, plazos, instancias, recursos, causales de improcedencia, regulación de vías previas, criterio de vinculación con otras vías procesales, requisitos de la demanda, efectos y alcances de la sentencias, objeto de protección, actos susceptibles de amparo y actos excluidos del control constitucional), no dejan de estar sujetos aquellos lineamientos que puedan desprenderse de lo previsto en el te xto c onstitucional y t ambién, hoy m ás que a ntes, e n l a C onvención A mericana de Derechos Humanos (en especial su artículo 25).

Retomando las concepciones anotadas, a partir de las mismas es posible determinar que el amparo:

- a) Se c onfigura, a pa rtir de s u r econocimiento constitucional, c omo un de recho fundamental, que f aculta a l as pe rsonas a r ecabar una protec ción superlativa, especial, para sus otros derechos fundamentales.
- b) Es un mecanismo especial de ca rácter pro cesal, e xtraordinario, directo pa ra l a protección de los derechos fundamentales.
- c) Su objeto es r establecer e l ejercicio del d erecho constitucional conculcado, lesionado o amenazado, la amenaza –para ser cuestionada en amparo- no puede ser hipotética, sino cierta y de inminente realización.
- d) Supone, para entrar en escena, la lesión a dicho derecho por parte de la autoridad pública así como de particulares.

- e) El procedimiento a través del cual se desarrolla debe ser sumario, rápido, sencillo y eficaz.

3.2. Elementos característicos del amparo constitucional

Según lo señalado por el profesor César Landa (2006a: 168-170) son características del proceso de amparo:

- a) La función tutelar de los derechos fundamentales por parte del juez constitucional, en virtud de la aplicación del principio de dirección judicial del proceso y suplencia procesal a favor del demandante,
- b) Su desarrollo bajo el parámetro del principio *in dubio pro homine e in dubio pro actione* según los cuáles “los derechos fundamentales y los procesos que los tutelan se interpretan extensivamente y las limitaciones a los mismos se interpretan restrictivamente. Por ello, el juez podría fallar *ultra petita* (otorgando más allá de lo demandado) o *extra petita* (concediendo algo no de mandado)” (Landa Arroyo 2006a: 168)
- c) No existe en el amparo una etapa probatoria formal, sólo caben medios probatorios de actuación inmediata dado que el amparo es un proceso extraordinario y sumario.
- d) La sentencia de amparo sólo tiene eficacia *inter partes*, pero si contienen interpretaciones de alcance general sus efectos pueden ser ampliados *erga omnes* vía el precedente constitucional vinculante⁶².

Estas características “(...) ponen de manifiesto la posición tutelar de los derechos fundamentales, al consagrar este proceso como una emanación de la tutela de la dignidad

⁶² En el texto citado el autor señala otras características, pero que están más relacionadas con las causales de improcedencia del amparo, por lo que propiamente no serían elementos que lo caracterizarían, sino –aunque suene redundante- los supuestos en los cuáles el mismo no procede.

de la persona humana” (Landa Arroyo 2006a: 170), fin de todo el ordenamiento estatal y social, según lo estipulado en el artículo 1 de la Constitución de 1993. Precisamente, dicha función tutelar de termina que el proceso constitucional de amparo cuenta con algunas características particulares, de igual manera conlleva que los formalismos procesales se subordinen a lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales (Abad Yupanqui 2008:107).

Por otro lado, Luis Castillo Córdova (2011: 51 -83) ha señalado que son elementos esenciales del amparo, cuya ausencia importaría su desnaturalización: la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales y el carácter manifiesto y no litigioso de las agresiones al derecho, que en términos procesales son sus presupuestos: el derecho constitucional afectado y el acto lesivo o reclamado.

A partir de una posición que puede ser calificada como esencialista, el profesor Castillo Córdova señala que estos elementos caracterizan al amparo en su esencia, si no ellos el amparo sería otra cosa menos amparo, por ello de entrada se pregunta: “¿Qué es aquello que hace que un proceso sea amparo y no otro proceso diferente?” (Castillo Córdova 2011a: 51).

En dicha medida, puede sostenerse que existen elementos de índole material y procesal que caracterizan al amparo. Los elementos materiales vendrían a ser aquellos señalados por el profesor Castillo: la protección del contenido de los derechos fundamentales y la manifiesta agresión de la lesión al derecho (acto lesivo). En tanto que, como características procesales tenemos: el rol tutelar del juez constitucional, la presencia fuerte de los principios *pro homine* y *pro actione* (a efectos de dar preferencia a la admisión y trámite del proceso), la sumariedad del procedimiento determinada por la ausencia de una etapa probatoria formal y la eficacia *inter partes* de la sentencia, aunque con posibilidades de ampliación debido a la dimensión objetiva que, como proceso constitucional, tiene el amparo (vía del estado de cosas inconstitucional o el precedente).

Por otro lado, también se ha anotado el carácter extraordinario del amparo, que lo hacen un medio excepcional de tutela de los derechos fundamentales. En dicho sentido, a ni vel comparado es posible que el amparo sea extraordinario por que se ha previsto su procedencia cuando no exista otro medio judicial adecuado para la protección inmediata del derecho lesionado, o por que sólo procede una vez que se han agotado todos los medios judiciales existentes para proteger el derecho lesionado; finalmente, el amparo también es extraordinario cuando se ha previsto que este no procede cuando se hayan intentado otros recursos judiciales (Brewer Carías 2008: 318-319).

3.3. Presupuestos procesales del amparo

En la doctrina procesal constitucional se señala que son presupuestos del proceso de amparo: a) la titularidad indiscutible de los derechos fundamentales, b) el acto lesivo que proviene de autoridad o persona particular, c) que se hayan agotado las vías previas y que no se haya acudido a las vías paralelas; y, d) que no haya transcurrido el plazo de prescripción establecido en la ley procesal (Abad Yupanqui 2008: 108-141).

En relación con el primer presupuesto procesal es indudable que el amparo exige y supone la tutela de un derecho constitucional, es decir, de su contenido constitucionalmente protegido (sobre el que volveremos en el numeral 3.4). Por otro lado, no hay duda que la tutela de los derechos sólo se dispensa cuando éstos son lesionados, pues sin lesión, ni siquiera existe interés por acudir a las vías procesales.

En cuanto a la exigencia de agotamiento de las vías previas, debe entenderse que las vías previas son aquellos recursos previos⁶³ de carácter administrativo, particular e inclusive de carácter judicial que deberán agotarse antes de acudir al amparo, a efectos de que la reparación del derecho pueda provenir de la propia autoridad o persona que presuntamente

⁶³ Según el Tribunal Constitucional, la vía previa “debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional; y que resulta exigible a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional” (EXP N° 1 567-2006-PA, caso Compañía de Exploraciones Algamarca, fundamento 16).

afecta o amenaza el derecho (Abad Yupanqui 2009b: 25-30, 34-35). En otras palabras, son un límite no inconstitucional para el acceso al amparo (Salinas Cruz 2012: 90); aunque sujeta a ciertas excepciones en virtud al principio *pro actione*.

En esa dirección, en relación con las vías previas administrativas, en la jurisprudencia constitucional se ha señalado que no procede el amparo cuando no se ha hecho uso de los recursos administrativos previstos. De igual manera, se ha señalado que el fundamento de tal exigencia, viene dado por el hecho de permitir que la administración revise sus propios actos.

Entonces, el no agotamiento de la vía administrativa determina la improcedencia del amparo, cuando “no han culminado aquellos procedimientos que en sede administrativa se hubiesen iniciado a fin de obtener un resultado similar al que se pretende con la demanda de amparo. Esta exigencia se justifica en que permite a la Administración Pública la revisión de sus propios actos, ejerciendo el control de las instancias inferiores por parte de las de mayor rango” (sentencia del E XP N° 2041 -2007-PA, caso GRIFOSA SAC, fundamento 3). Ahora bien, esta posibilidad de revisión de los propios actos, busca que el administrado pueda solucionar, ante la propia entidad, la lesión a sus derechos sin que sea necesario acudir a la vía judicial, y por ende obtener una reparación -a la que tiene derecho- en un tiempo más dilatado (sentencia del E XP N° 1042-2006-AA, caso Sindicato de Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac fundamento 2.1).

Sobre las vías previas corporativo-particulares, el Tribunal ha señalado que la exigencia de su agotamiento se sujeta al hecho de que se encuentren regulados en un instrumento normativo interno, como el estatuto por ejemplo. En dicho sentido, se ha señalado que sólo es exigible el agotamiento de la vía previa para cuestionar un despido de un trabajador sujeto al régimen laboral privado si la propia entidad pública, institución privada o empresa que lo contrató ha establecido dicho procedimiento previo en su estatuto o reglamento interno de trabajo (sentencia del E XP N° 2833-2006-PA, caso MilderSidaneliaLlamosas Lazo, fundamento 10).

En lo que respecta a las vías previas judiciales, que se entiende como la exigencia para el justiciable de agotar todos los recursos o medios impugnatorios previstos en la legislación procesal correspondiente (reposición, apelación, casación), el Tribunal Constitucional ha sido enfático y constante en señalar que su agotamiento, como requisito de procedencia del amparo, es ineludible ya que en el amparo sólo puede cuestionarse una resolución judicial firme, según lo exige el artículo 4 del Código Procesal Constitucional. En dicho contexto, se entiende a la firmeza como una condición que adquiere una resolución judicial (auto, sentencia) cuando contra la misma ya no es posible interponer algún recurso porque los previstos ya han sido agotados⁶⁴.

En otras palabras, para que en el amparo se pueda cuestionar un acto lesivo, se exige que éste sea definitivo, es decir, que contra él no quepa algún otro medio de defensa adicional, ya que sólo es impugnabile en amparo aquel acto definitivo que ya no puede ser atacado por los recursos administrativos de reconsideración, apelación o revisión previstos en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General; los de carácter particular, a condición de que estén previstos en los instrumentos normativos internos de la entidad privada (como el estatuto o el reglamento interno de trabajo), o los medios impugnatorios judiciales como la reposición, apelación o casación previstos en las leyes procesales como el Código Procesal Civil, el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (Ley N° 27584, ahora contenida en el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS) o la Nueva Ley del Proceso del Trabajo (Ley N° 29497).

Sin embargo, cabe precisar que esta regla no es absoluta, ya que admite algunas excepciones que han sido recogidas en el artículo 46 del Código Procesal Constitucional, estas excepciones se sustentan en el principio *pro actione*, pues ante la duda de su agotamiento deberá darse preferencia al trámite del proceso. A pesar de lo anotado, debe precisarse que dichas excepciones sólo alcanzan a los recursos de carácter administrativo,

⁶⁴ En dicho sentido, en la jurisprudencia se tiene establecido que: “[...]a efectos de establecer cuándo adquiere firmeza una resolución judicial, este Colegiado tiene establecido que ello ocurre cuando se agotan todos los medios impugnatorios que la legislación habilita a las partes de un proceso” (Resolución recaída en el EXP N° 9300-2006-PA, caso Pesquera Balsamar SAC, fundamento 3).

pues en materia de recursos judiciales, el Tribunal Constitucional en más de una oportunidad ha exigido que éstos sean agotados, pues sólo puede ser impugnado en un proceso constitucional una resolución judicial firme, es decir aquella contra la que ya no sea posible intentar alguna impugnación dentro del mismo proceso (sentencia del EXP N° 1209-2006-PA, caso Ambev Perú, fundamento 10)⁶⁵.

En lo que respecta a las vías paralelas, se tiene dicho una vía paralela al amparo, o convergente con él (pues se entiende que busca lograr el mismo fin: salvaguardar un derecho fundamental), es todo proceso judicial distinto a aquél, a condición de que como en mismo se pueda obtener exactamente lo mismo que en el amparo: la protección del derecho constitucional lesionado o amenazado (Abad Yupanqui 2008: 314, 2009b: 60, Velásquez Meléndez 2012: 42, 43).

Samuel Abad ha señalado que la regulación de la relación entre el amparo y las vías paralelas conlleva la opción por el modelo subsidiario o alternativo del amparo. Por lo que sostiene que la opción por un amparo subsidiario o extraordinario, es coherente con la naturaleza procesal del amparo: ser un mecanismo de protección urgente de los derechos fundamentales; que no puede ser empleado cuando existen medios judiciales ordinarios idóneos para lograr el mismo fin (Abad Yupanqui 2009b: 61).

Siguiendo esta opción doctrinal, el legislador procesal constitucional ha subordinado la procedencia del amparo a la inexistencia o ineficacia de las vías paralelas (procesos

⁶⁵ Por lo demás, el Código Procesal Constitucional, en su artículo 4, exige el agotamiento de los recursos judiciales antes de cuestionar una resolución judicial en un proceso de amparo, y a que se exige que la resolución judicial a cuestionarse sea firme. En la doctrina nacional, sobre el amparo contra resoluciones judiciales, puede verse por todos: Sáenz Dávalos 2004:729-755 y Abad Yupanqui 2008: 335-408.

A pesar de dicha regla, siguiendo las excepciones previstas en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional en alguna sentencia, emitida con anterioridad al código Procesal Constitucional, señaló que cabían ciertas excepciones para la exigencia de agotamiento de los recursos judiciales, así adaptando algunas de las excepciones previstas para el agotamiento de la vía previa administrativa, señaló que: “este Tribunal puede señalar, e nunciativamente, las siguientes criterios de excepción: a) que no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que depara el proceso judicial de la materia, b) que haya retardado injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso, c) que por el agotamiento de los recursos pudiera convertirse en irreparable la agresión, d) que no se resuelvan los recursos en los plazos fijados para su resolución” (sentencia del EXP N° 4107-2004-HC, caso Leonel Richivillar De La Cruz, fundamento 8).

distintos al amparo) para la protección de los derechos fundamentales. En dicho sentido, en el numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional puede leerse que: “No proceden los procesos constitucionales cuando: [...]Existan vías procesales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado [...]”.

Entonces, a partir de dicha regulación, la vía judicial distinta al amparo sólo podrá ser calificada como vía paralela, a condición de que otorgue una igual satisfacción al derecho lesionado que el amparo.

Por ello, el centro de la discusión de nuestro actual modelo subsidiario de amparo radica en establecer cuándo o a través de qué criterios una vía judicial ordinaria, como los procesos civiles, laborales, contencioso-administrativos o los especiales como el de revisión judicial del procedimiento de ejecución coactiva o el recurso de anulación de laudo arbitral, que motiva el presente trabajo, pueden ser calificadas como una vía específica e igualmente satisfactoria que el amparo para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

A modo meramente enunciativo, cabe precisar que a la fecha la jurisprudencia constitucional ha precisado en qué supuestos la vía del proceso contencioso administrativo y la del proceso laboral, pueden ser calificadas como vías procesales específicas para la protección de los derechos constitucionales vinculados con el derecho a la pensión, en particular con aquellos vinculados con el acceso a la prestación pensionaria, el reajuste al mínimo vital y la protección frente a la privación arbitraria de la pensión; y el derecho al trabajo, fundamentalmente, con el derecho a la protección frente al despido. En dicho sentido, son conocidas las sentencias de los casos Manuel Anicama Hernández (sentencia del EXP N° 1417-2005-PA) y César Antonio Baylón Flores (sentencia del EXP 0206-2005-PA), que además tienen el carácter de precedente vinculante.

Empero, en estos casos, se ha procedido a numerar los supuestos en los que uno y otro proceso se constituyen como vías paralelas igualmente satisfactorias que el amparo para la

protección del derecho previsional o laboral involucrado en el caso concreto; empero no ha establecido criterios de alcance general. Precisamente, a establecer esos criterios se dedican los numerales 4, 5, 6, 7 y 8 del presente capítulo.

Finalmente, el plazo de prescripción en nuestro país, como presupuesto procesal de procedencia, es de 30 días hábiles si se cuestiona una resolución judicial firme, que se cuenta a partir del día en que el agraviado tomó conocimiento del acto (la jurisprudencia ha precisado que se cuenta a partir de la notificación de la resolución que dispone “cúmplase lo ejecutoriado”⁶⁶); y de 60 días, también hábiles, en los demás casos; según lo establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional.

La prescripción supone la improcedencia de la demanda de amparo, puesto que transcurrido el mismo sin que el afectado haya acudido a la instancia judicial, puede entenderse que éste ha consentido la lesión a su derecho. No obstante es saludable que se haya previsto una excepción al plazo, consistente en su suspensión en tanto el afectado no pueda acudir ante un órgano judicial a efectos de reclamar la protección que el ordenamiento le dispensa.

3.4. El proceso constitucional amparo y la protección de los derechos fundamentales: el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo

Los derechos fundamentales tienen un contenido constitucional que es susceptible de protección mediante el amparo. Este contenido constitucional está constituido por todas las facultades de hacer (a trabajar, asociarse con otros, a reunirse pacíficamente, a transitar libremente, entre otras tantas) o no hacer (no privación de la libertad, no privación de la propiedad, etc.), así como a aquello que se puede exigir a terceros en nuestro favor (a una pensión, protección del medio ambiente, etc.). Todas estas facultades tienen un indudable reflejo procesal, en tanto su lesión o desconocimiento determina que surjan las pretensiones que se formulan ante los jueces constitucionales mediante los diferentes procesos

⁶⁶ Resolución recaída en el EXP N° 4067-2010-PA, caso Dora Celeste Marin Muschi de Loero, fundamento 4.

constitucionales que tienen por finalidad la tutela de los derechos fundamentales, entre ellos el amparo.

A propósito de lo expuesto y a partir del diseño de las causales de improcedencia previstas en el Código Procesal Constitucional, en nuestro medio se suscitó un debate interesante en torno al significado de la regla de improcedencia contenida en el numeral 5.1 del artículo 5 del citado Código.

Según la norma citada, no proceden los procesos constitucionales –entre ellos el amparo– cuando los hechos y el pretorio de la demanda están referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales invocados como sustento de la pretensión.

En línea de principio, sobre esta disposición se ha señalado que tiene por finalidad constituirse en un primer filtro de control de la procedencia del amparo, ya que junto con el numeral 5.2 del artículo 5 del Código, buscan reencauzar al amparo a su verdadero carácter de proceso urgente y extraordinario de protección de los derechos fundamentales (Eguiguren Praeli 2007: 233).

Ahora bien, retomando lo anotado acerca de la discusión en torno al concepto contenido en el numeral 5.1 del artículo 5 del Código, el primer elemento que abrió el debate y también cierta confusión lo introdujo el Tribunal Constitucional, cuando en el fundamento 21 de la sentencia recaída en el EXP N° 1417-2005-PA, caso Anicama Hernández⁶⁷, señaló que el contenido constitucionalmente protegido de un derecho se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial.

Esta postura fue criticada por el profesor Luis Castillo Córdova, quien señaló que si existe un contenido constitucional esencial, es o supone que también existe un contenido

⁶⁷En la sentencia citada, el Tribunal estableció, con carácter de precedente vinculante, el contenido esencial del derecho a la pensión, lo que procesalmente determinarí las pretensiones que podrían ser pasibles de protección procesal mediante el amparo y por ende aquellos supuestos en que éste resultaba procedente.

constitucional no esencial, y que por ser no esencial es limitable discrecionalmente por el legislador. Según sostiene el profesor Castillo, esta situación genera que en dicha parte no esencial la Constitución pierda eficacia jurídica, lo que contradeciría su carácter de norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico. En virtud a dicho argumento, propone entender a l c oncepto de c ontenido c onstitucionalmente p rotegido c omo c ontenido constitucional sin más, es decir que los derechos tienen un único contenido, todo él es un contenido constitucionalmente protegido y que a su vez es limitado, delimitable e ilimitable (Castillo Córdova 2005b: 129).

En e ste e ntendimiento, e l c ontenido de l de recho e s l imitado pue s e l mismo vi ene prefigurado por lo dispuesto en el texto constitucional. Asimismo, dicho contenido limitado constitucionalmente pue de ser de limitado caso por caso, lo que de termina l a p ro gresiva ampliación de sus contenidos a situaciones no previstas por el constituyente. Finalmente, dicho contenido limitado y delimitable es a su vez ilimitable, ya que el mismo no puede ser objeto de limitaciones por parte del legislador ordinario, quien se encuentra vinculado de modo fuerte a todo ese contenido.

Esta concepción es de carácter sustantivo, empero la norma en cuestión tiene una finalidad eminentemente p rocesal. Sucede que el c oncepto de “ contenido c onstitucionalmente protegido” importa una r egl a de p rocedencia de l a de manda de amparo. Esta r egl a no impone un requisito por el cual se habilite, una vez admitida a trámite la demanda y luego de todo el procedimiento, a emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión. Pues incluso en esta etapa de pronunciamiento final del proceso, se puede declarar improcedente la de manda si se advierte que el caso no está r eferido a al guno de l os asp ectos constitucionalmente protegidos del derecho en cuestión. Evidentemente, esto es diferente a emitir un p ronunciamiento de s estimatorio de l a p r etensión, e n l a m edida que e n e stos supuestos se advierte que la presunta agresión denunciada no es tal, o que sí lo es, la misma se halla justificada.

Con posterioridad a lo sostenido por el profesor Luis Castillo, el autor de la disposición en comentario, el profesor Samuel Abad ha afirmado que con el numeral 5.1 del artículo 5 del

Código Procesal Constitucional no se está refiriendo a un concepto sustantivo o material como lo es el contenido constitucional o esencial de un derecho fundamental, sino que se estaba aludiendo a un concepto meramente procesal, es decir a un requisito que el juez debería de verificar al recibir una demanda de amparo, para lo cual bastaba con la sola constatación de que en la misma se haya invocado un derecho constitucional, para señalar o establecer que dicha demanda (o pretensión) está referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (Abad Yupanqui 2008: 119-124).

Agrega el profesor Abad que el entendimiento de equiparar al “contenido constitucionalmente protegido” como el “contenido esencial”, es erróneo en tanto éste nació y se aplica, en el contexto europeo, como una garantía frente a los excesos del legislador, y como se sabe, en nuestro medio, el amparo no es una garantía que tenga como sujeto pasivo y exclusiva al legislador, sino también a la administración, la judicatura (ordinaria y constitucional inclusive, con el amparo contra amparo) y los particulares (Abad Yupanqui 2008: 120-121).

En línea con el planteamiento descrito y desde una perspectiva analítica, en nuestro medio se ha señalado que con el concepto de “contenido constitucionalmente protegido” se está no al contenido esencial, que es un aspecto de fondo, sino al contenido constitucional *prima facie* o inicial (Sosa Sacio 2008:25-26, 2011: 28-30); es decir a aquel contenido vinculado con las disposiciones de igual carácter pero sin interrelacionarlo con los límites normativos y fáctico del caso concreto (pues esto se hace en la etapa de análisis de fondo).

En el presente trabajo, a efectos de un adecuado entendimiento de lo dispuesto en el numeral 5.1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional entendemos, adoptando la postura del profesor Abad, que cuando se alude al contenido constitucionalmente protegido de un derecho, en el examen de admisibilidad de la demanda, debe entenderse al mismo como un requisito formal cuyo incumplimiento acarrea la improcedencia de la demanda, en tanto que cuando se analice el fondo de la pretensión, luego de haberse transcurrido por todo el procedimiento, deberá determinarse si la misma forma o no parte del contenido del

derecho fundamental que se invoca y que se desprende de la Constitución, y que siendo lesionado, amerita el acogimiento estimatorio de la pretensión.

3.5. La residualidad del amparo en la protección de los derechos fundamentales en relación con los otros procesos constitucionales

En este trabajo ya se ha señalado que el proceso constitucional de amparo es el mecanismo de protección de derechos fundamentales por excelencia, posición que resulta avalada por la experiencia comparada latinoamericana. Sin embargo, a pesar de este entendimiento, no puede negarse la existencia de otros procesos constitucionales que también tienen por objeto la tutela de derechos fundamentales, que en nuestro caso son el hábeas corpus, el hábeas data y, con ciertas restricciones en nuestra doctrina, el proceso de cumplimiento.

A partir de esta constatación deberá determinarse la relación que existe entre el amparo y los otros procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales. A efectos de establecer esta relación deberá atenderse al objeto de protección de cada proceso, a partir básicamente de lo dispuesto en la Constitución de 1993.

En dicho entendimiento, el texto constitucional establece que el hábeas corpus tutela la libertad individual o los derechos conexos a ella. En cuanto al hábeas data, se indica que el mismo cautela los derechos de autodeterminación informativa y acceso a la información pública. En tanto que el proceso de cumplimiento procede ante la inercia de un funcionario o servidor público de dar cumplimiento a una norma legal o acto administrativo firme. Pero en relación con el amparo, señala el texto constitucional que éste procede para la defensa de los demás derechos constitucionales (en relación con los derechos protegidos por el hábeas corpus) y con excepción de aquellos protegidos por el hábeas data.

Entonces, tenemos que mediante el amparo se tutelan aquellos derechos constitucionales que no tienen un cauce procesal expreso como el hábeas corpus y el hábeas data, e inclusive el proceso de cumplimiento, o con otras palabras, si es que dentro de l

ordenamiento e existe otro proceso constitucional para proteger a afectado en el caso, el amparo no será la vía procesal adecuada a seguir (Huerta Guerrero 2000: 12).

Por lo expuesto, somos de opinión que en relación el proceso de amparo actúa de manera residual en relación con los otros procesos constitucionales, en tanto sólo procede para la tutela de aquellos derechos que no estén protegidos por el hábeas corpus, el hábeas data o el proceso de cumplimiento.

Entonces, si estamos frente a un supuesto que no involucre a los derechos de libertad individual y aquellos conexos a él, la autodeterminación informativa o acceso a información pública o se pretendala ejecución de alguna norma o acto administrativo firme, como puede ser el debido proceso corporativo particular, derecho a asociarse, la libertad de trabajo, la libertad de empresa, la libertad religiosa, el derecho de acceso al trabajo, la libertad sindical, la remuneración, la tutela jurisdiccional, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la motivación de resoluciones judiciales, el principio de interdicción de la arbitrariedad, el derecho a participar en la vida política de la nación, el derecho al referéndum, el derecho a la elegir y ser elegido autoridad política, el derecho a la pensión, el derecho a la salud, entre muchos otros, la vía procesal constitucional idónea para salvaguardar el derecho lesionado será, sin dudas, el proceso constitucional de amparo.

3.6. Tipología del proceso constitucional de amparo

Intentar una clasificación en torno a una determinada institución, siempre o casi siempre resulta arbitrario, empero, un ejercicio de este tipo no es ocioso, en tanto entendamos que con él se busca de alguna manera organizar y dar cierto orden a la misma. En ese entendimiento, en la doctrina se han establecido algunas clasificación sobre el amparo (Cfr. Abad Yupanqui 2008).

Empero, a partir de la práctica jurisprudencial y en función al tipo de acto lesivo, advertimos que se han ido asentando los siguientes tipos de amparo:

- a) Amparo contra actos de particulares. Nuestra Constitución ha señalado que el amparo procede contra actos de particulares, pero esta procedencia se debe fundamentalmente a que los derechos fundamentales vinculan de modo efectivo e irradian las relaciones jurídicas privadas⁶⁸.

Al respecto es abundante la jurisprudencia emitida para proteger los derechos constitucionales de las personas no ser separado de la organización sin el previo respeto al debido proceso corporativo particular (EXP N° 03071-2009-PA, caso Luis Hildebrando Calle) o a permitir su participación en procesos de elecciones internas (EXP N° 1546-2007-PA, caso Carlos Gaspar Lama Borges), o el amparo contra despidos arbitrarios de trabajadores (ya por que son incausados, fraudulentos o nulos) cuando no se ha respetado las garantías mínimas del debido proceso, como el derecho de defensa (EXP N° 976-2001-PA, caso Eusebio Llanos Huasco; EXP N° 0206-2005-PA, caso César Antonio Baylón Flores⁶⁹).

- b) Amparo contra actos de la administración pública. El proceso constitucional de amparo procede cuando estamos frente a actos provenientes de funcionarios o autoridades públicas que de modo manifiesto vulneran los derechos constitucionales de los administrados, en especial el debido procedimiento administrativo.

Particular atención merecen las causas relacionadas o vinculadas al cuestionamiento constitucional de las resoluciones emanadas de la Oficina de Normalización

⁶⁸ En la doctrina se han abordado diferentes teorías en torno a la eficacia vinculante de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados (eficacia directa, indirecta, el deber de protección), al respecto puede verse Mendoza Escalante 2005: 219-271, y sobre la procedencia de l proceso de amparo contra particulares: Mendoza Escalante 2007.

⁶⁹ Como se sabe en el primero de los casos citados, el Tribunal Constitucional de limitó el contenido constitucional del derecho al trabajo, así como los mecanismos o formas de protección existentes en nuestro ordenamiento en caso de vulneración frente al despido: tutela reparadora o restitutoria (dispensada por el proceso constitucional de amparo) y tutela resarcitoria o indemnizatoria (proporcionada por el proceso laboral). Mediante el segundo caso citado y con calidad de precedente, el Tribunal estableció en qué casos procedía a acudir al proceso de amparo y en qué casos a acudir al proceso laboral, ha sido cuenta de la instauración del amparo subsidiario con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional.

Previsional (ONP), que es la entidad pública que otorga las prestaciones previsionales (pensiones) y que es la principal entidad pública de mandada. El accionar de la ONP es por lo demás criticable, pues a veces sin ningún tipo de sustento rechaza las solicitudes de miles de trabajadores cesados, vulnerando con ello su derecho a la pensión, obligándolos a transitar por los pasillos del Poder Judicial y los estrados del Tribunal Constitucional a efectos de que se les reconozca su derecho de acceso a la prestación previsional.

- c) Amparo contra resoluciones judiciales. Si bien formalmente la Constitución prohíbe el amparo contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular, la jurisprudencia, mediante una interpretación a contrario de la disposición constitucional, ha ido paulatinamente entendiendo que el amparo sí procedería contra una resolución judicial emanada de un procedimiento irregular, entendiendo que un proceso judicial es irregular cuando se vulneran las garantías constitucionales vinculadas al debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Cabe resaltar que el Código Procesal Constitucional en su artículo 4 precisa que el amparo procede contra resoluciones judiciales que vulneren de modo manifiesto la tutela procesal efectiva, entendiendo por ésta a los derechos contenidos o vinculados con el debido proceso (derecho de defensa, al procedimiento determinado, al juez imparcial, a los recursos, pluralidad de instancias, motivación de resoluciones judiciales, legalidad procesal, entre otros) y la tutela jurisdiccional (libre acceso al órgano jurisdiccional y efectividad de las resoluciones judiciales).

Debe precisarse que en este tipo de amparo existe un subtipo: el amparo contra amparo⁷⁰, a partir del cual se puede interponer una demanda de amparo contra lo resuelto en otro proceso de amparo cuando se afecta de modo manifiesto la tutela procesal efectiva (EXP N° 618-98-AA, caso Sindicato Pesquero del Perú; EXP N°

⁷⁰ Una aproximación teórica en Sáenz Dávalos 2008:237-286.

0200-2002-AA, caso Ministerio de Pesquería⁷¹). A pesar de que el Código Procesal Constitucional mediante la regla de improcedencia prevista en el numeral 5.6 de su artículo 5 prohibió este tipo de amparo, la jurisprudencia ha aceptado su procedencia (cfr. EXP N° 3846-2004-PA, caso Municipalidad Provincial de San Pablo I⁷², EXP N° 3757-2004-PA, caso Municipalidad Provincial de San Pablo II), habiéndose ampliado a los casos de amparo contra hábeas corpus (EXP N° 1042-96-AA, caso Carlos Merino Torres; EXP N° 1761-2008-PA, caso Junta Directiva del Colegio de Notarios de Lima), amparo contra cumplimiento (entre otras EXP N° 04521-2011-PA, caso Electro Puno; EXP N° 04121-2011-PA, caso Asociación de Exservidores de la Municipalidad de San Miguel) e inclusive de hábeas corpus contra hábeas corpus (EXP N° 3491-2005-PHC, caso Raúl Arturo Laynes Romero).

d) Amparo contra normas. Al igual que sucede con el amparo contra resoluciones judiciales, esta modalidad de amparo se haya formalmente prohibida. Sin embargo,

⁷¹ En la sentencia del EXP N° 0200-2002-AA se establecieron las siguientes reglas de procedencia: “a) sólo podrá operar en aquellos supuestos en que la violación al debido proceso resulte manifiestamente evidente. En este caso la carga de la prueba se convierte en una necesaria obligación del actor, ya que debe demostrar fehacientemente la inconstitucionalidad que afirma; b) sólo ha de proceder cuando dentro de la acción de amparo que se cuestiona, se han agotado la totalidad de los recursos que le franquea la ley al justiciable, necesarios como para que la violación a algún derecho constitucional pueda ser evitada, y no obstante ello, el juzgador constitucional ha hecho caso omiso de los mismos, lo que se condice con lo dispuesto por el artículo 10° de la Ley N.º 25398, Complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo; c) sólo debe centrarse en aspectos estrictamente formales del debido proceso, excluyendo toda posibilidad de análisis sobre el fondo controvertido en el proceso constitucional cuestionado; d) sólo ha de proceder contra sentencias constitucionales definitivas, siempre que aquellas no tengan carácter favorable a la parte actora, ya que de lo contrario se contravendría el principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada; y, e) sólo ha de proceder cuando se trate de resoluciones emitidas en procesos constitucionales provenientes del Poder Judicial y no del Tribunal Constitucional, toda vez que éste es el Intérprete Supremo de la Constitución y se pronuncia sobre los procesos constitucionales de defensa de derechos amenazados o vulnerados, por lo que de viene en imposible que sus resoluciones sean inconstitucionales” (fundamento 2)

⁷² En los fundamentos 4 y 5 de la sentencia citada se tiene establecido que “el Tribunal Constitucional considera, no obstante, que la posibilidad del “amparo contra amparo” tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del inciso 2° del artículo 200° de la propia Constitución, donde se establece que el Amparo, “[...] No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”. La definición de “procedimiento regular” se sitúa de este modo en la puerta de entrada que ha venido permitiendo la procedencia del “amparo contra amparo”. En tal sentido, debe enfatizarse que, cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5°, inciso 6), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, es tal disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4° del mismo Código Procesal Constitucional, puesto que una interpretación que cierra por completo la posibilidad del “amparo contra amparo” sería contraria a la Constitución”.

la jurisprudencia de manera creativa ha precisado que el amparo no procede contra normas heteroaplicativas, es decir contra normas que para ser aplicadas a supuestos concretos necesitan de otra norma interpuesta que lo desarrolle y concrete. Empero, el amparo sí es procedente contra una norma que tiene un carácter autoaplicativo, es decir que con su sola puesta en vigencia ya surte efectos jurídicos, es decir que modifica la forma de actuación de sus destinatarios. En este supuesto, la norma autoaplicativa resulta de modo directo y manifiesto inconstitucional por afectar una posición fundamental constitucionalmente garantizada. El efecto inmediato de esta constatación será que la norma autoaplicativa, vía el control constitucional difuso (artículo 138 de la Constitución), se declarará inaplicable con efectos sólo para las partes del proceso, aunque con posibilidades de ampliación – por el carácter objetivo del amparo- vía la técnica del precedente.

En cuanto al tema objeto del presente trabajo, debemos indicar que el mismo se inserta dentro de la categoría del amparo contra laudos arbitrales. Cabe precisar que el mismo en principio ha sido catalogado como un supuesto de amparo contra resoluciones judiciales. Esto por cuanto, en la jurisprudencia en un primer momento, se ha equiparado al laudo arbitral con la sentencia judicial como objeto de cuestionamiento del amparo, por lo que *mutatis mutandi* se le aplicaban las reglas de procedencia del amparo contra resoluciones judiciales (sentencia de I.E.XP N° 189 -99-AA, caso Pesquera Rogda) o por que se ha calificado al arbitraje como un supuesto excepcional de ejercicio de la función jurisdiccional del Estado (sentencia de I.E.XP N° 06167 -2005-PHC, caso Cantuarias Salaverry)⁷³.

Sin perjuicio de esta calificación jurisprudencial, creemos que también podría calificarse al amparo contra laudos arbitrales o, como también se la denomina, amparo arbitral como un supuesto o modalidad de amparo contra particulares. A efectos de poder sustentar esta postura, bien podría tomarse partido por aquella teoría o tesis doctrinal que sostiene que el

⁷³ En nuestra doctrina asume este entendimiento del amparo contra laudo arbitral, o amparo arbitral, Samuel Abad Yupanqui (2008: 403-408).

arbitraje es un contrato⁷⁴, por lo que siendo así, sin dificultad podría entenderse que lo que se cuestiona en un amparo contra laudo arbitral es la actuación de unos sujetos privados: los árbitros, sujetos que están investidos transitoriamente de cierta potestad -también privada- para decidir sobre una determinada cuestión litigiosa.

Sin embargo, consideramos que este amparo contra laudos arbitrales o amparo arbitral bien podría calificar como categoría autónoma, ya para un abordaje completo de la misma es necesario abordar dos temas, procesales ciertamente, pero íntimamente vinculados con dos de las etapas de todo proceso constitucional. Un primer tema está relacionado con la etapa admisorio y tiene que ver con la procedencia de la amparo contra laudos arbitrales (y en general con actuaciones arbitrales), que es el lugar donde se inserta la presente investigación. Este requiere además de la clarificación de las reglas de procedencia, establecer su vinculación con las vías previas y con las vías paralelas, saber cuál es el acto lesivo concreto que puede ser cuestionado mediante el amparo arbitral, cuál es el espectro de protección del amparo contra laudos arbitrales (si sólo los derechos procesales, o además de estos también procede a favor de derechos sustantivos).

El segundo tema, si admitimos la procedencia del amparo arbitral, está vinculado con los límites del control constitucional sobre el acto lesivo, es decir si con el mismo sólo se restituye el derecho afectado o si se puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo de lo resuelto en el arbitraje, sobre todo cuando se pretende la tutela del derecho a la motivación del laudo.

Por las razones expuestas, creemos que el amparo contra laudos arbitrales o amparo arbitral se constituye como una categoría autónoma dentro de la tipología del proceso constitucional de amparo. A hora bien, para una adecuada construcción de la misma indudablemente tendremos que recurrir a algunas categorías ya trabajadas en otras, como en el amparo contra particulares y el amparo contra resoluciones judiciales, empero con el transcurrir del tiempo y de los casos que se van presentando ante la judicatura

⁷⁴ Mayores detalles sobre la tesis contractualista y las otras teorías acerca del arbitraje en el Capítulo II del presente trabajo.

constitucional las mismas irán alcanzando perfiles propios. Elementos adicionales a tener en cuenta en la construcción de esta categoría serían, indudablemente, la experiencia comparada sobre la materia, así como la regulación que pueda dispensarle el legislador al arbitraje, como sucede actualmente con la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, y que es el que motiva el presente trabajo y que será abordado en mayor detalle en el Capítulo III.

Sin embargo, uno de los temas que introduce la disposición citada en la regulación del proceso constitucional de amparo, es la calificación del recurso de anulación de laudo arbitral como una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo para la protección de los derechos fundamentales, trayendo como consecuencia que el proceso constitucional ya no sea procedente para la tutela de los derechos lesionados con ocasión de un arbitraje. Este tema se inserta dentro de la llamada subsidiariedad del proceso de amparo. Este tema será objeto de tratamiento en los siguientes puntos, empezando por el tratamiento de la subsidiariedad de los procesos o acciones que como el amparo tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales en la experiencia comparada.

4. El proceso constitucional de amparo y su subsidiariedad en el derecho comparado

Como advertimos en la introducción de este trabajo, el marco legal del proceso constitucional de amparo peruano, en sus más de veinte años de existencia, ha experimentado dos modelos: el alternativo (durante la vigencia de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo) y el subsidiario (a partir de la vigencia de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional). En el primer modelo se entiende que el amparo procede para la defensa de los derechos constitucionales de la persona como vía procesal principal, lo que significa que es decisión del afectado en sus derechos constitucionales optar por acudir al amparo o transitar las vías judiciales ordinarias para obtener la tutela judicial de sus derechos fundamentales.

En cambio el modelo de amparo subsidiario determina que dicho proceso constitucional no sea una vía principal, sino subordinada a la inexistencia de otros procesos judiciales no

constitucionales que resulten ser vías específicas, igual de idóneas, eficaces y satisfactorias que el amparo para la tutela de los derechos constitucionales.

En dicho sentido, se ha optado por realizar un análisis de las experiencias comparadas del amparo constitucional en cuanto a la regulación de la subsidiariedad del mismo, a efectos de poder destacar las líneas directrices que permiten justificar dicho modelo de regulación del amparo. Así como, de ser posible, determinar las líneas argumentativas que permiten calificar a una vía procesal ordinaria como una vía específica e igual de idónea, eficaz y satisfactoria que el amparo constitucional para la tutela de los derechos fundamentales.

De esta manera, se ha seleccionado las experiencias mexicana, española, argentina, costarricense y colombiana. La mexicana por ser el país que dio nacimiento al amparo y con la finalidad de determinar si en dicho origen se encontraba ya la subsidiariedad como un elemento intrínseco al amparo y de ser el caso indagar si el mismo aún se mantiene en su regulación actual. También se ha tomado la experiencia española en tanto en ella se habla abiertamente de que el amparo es de carácter subsidiario. La experiencia argentina es indudablemente valiosa, por cuanto de ella se nutre la actual regulación procesal sobre la procedencia del amparo. Se ha seleccionado también la experiencia costarricense en la medida que la misma sí adopta un modelo subsidiario, aunque siempre que se pretenda revertir una lesión proveniente de un acto de un particular (pues si el acto lesivo proviene de una autoridad pública, el amparo es directo). Finalmente, se ha optado por la experiencia colombiana en tanto en su texto constitucional se ha diseñado a la acción de tutela como un mecanismo de protección subsidiario, que procede sólo cuando el afectado no dispone de otras vías judiciales para la defensa de sus derechos.

4.1. El juicio de amparo mexicano:

México es, qué duda cabe, la cuna del amparo constitucional. El juicio de amparo mexicano resulta principalmente de la mixtura de dos fuentes: el *judicial review* del

commonlaw norteamericano y de l de recho i ndiano⁷⁵. La i nfluencia de l a *judicial review* norteamericana (c ontrol c onstitucional di fuso), s e de ja s entir a pa rtir de l a di fusión del mismo por parte de A lexis de T ocqueville en su libro “La de mocracia en América”, publicada e ntre 1835 y 1840 e n d os vol úmenes, e n l a ve rsi ón española de S ánchez de Bustamante. No debemos pe rder d e vista que l a r evisión judicial am ericana i mporta el poder que d etenta t odo juez, en cualquier proc eso, de de clarar i naplicable pa ra el caso concreto una ley que vulnere la Constitución (Fix-Zamudio 1993a: 22-30).

La s egunda fuente del amparo mexicano proviene de l as leyes de indias y l os procesos forales aragoneses, que contemplan acciones para la defensa de la libertad y los derechos de propiedad. Resultado d e a mbas c orrientes fue un i nstrumento j udicial hí brido. P ues e l amparo surge como un mecanismo de protección de los derechos y l ibertades frente a la arbitrariedad de l poder estatal exp resado en l a legislación. D e e sta m anera mediante e l amparo s e bus caba fundamentalmente, ví a un c uestionamiento di recto a l a l ey i nconstitucional por l esionar de rechos y l ibertades de l os c iudadanos, que l a m isma s e declare i naplicable con efectos pa rticulares al caso concreto (esta es l a conoc ida como fórmula Otero) (FixZamudio 1993b:462-466).

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, muchas veces reformada⁷⁶, consagra al juicio de amparo en el artículo 103 fracción I de su texto, con el tenor siguiente:

“Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte”.

⁷⁵ Cabe precisar q ue Héctor Fix-Zamudio (1993b: 4 63) reconoce t ambién ci erta i nfluencia francesa en l a configuración del juicio de amparo, por un lado l a idea de un Supremo Poder Conservador con la función de declarar l a nulidad de l os ac tos a p etición d e al gunos d e l os p oderes públicos, es tablecido en l as Leyes Constitucionales de 1836, que tuvo como modelo de i nspiración e l Senado Conservador de l a Constitución francesa de 1799, y sobre todo e l recurso de casación.

⁷⁶ La última reforma a l a Constitución fue publicada en e l Diario Oficial de l a Federación e l 25 de junio de 2012.

Adicionalmente, con un excesivo reglamentarismo constitucional, el artículo 107 c contiene varias reglas procesales sobre el amparo: legitimación, efectos de la sentencia y cómo ésta puede alcanzar efectos generales, reglas de procedimiento, principio de suplencia de la queja (*iuranovit curia*), reglas de procedencia del amparo-casación, reglas de procedencia del amparo de lo contencioso administrativo, reglas del amparo directo, reglas de la suspensión del acto reclamado, reglas para unificar jurisprudencia, reglas para la intervención de la Procuraduría General de la República, reglas para la ejecución de la sentencia y sanciones para quienes incumplan lo dispuesto en una sentencia de amparo.

En la doctrina mexicana se ha establecido que existen cinco tipos de amparo, algunos con fines distintos a los estrictamente constitucionales o la protección de los derechos fundamentales. Así tenemos el amparo libertad, que hace las veces de *habeas corpus* y cuyo objeto de protección es la libertad personal. También el amparo contra leyes, que es el amparo original y que se inspira en control judicial americano. Posteriormente, surgió el amparo judicial o amparo casación, cuyo objeto ya no es en estricto la materia constitucional, sino controlar la legalidad de las sentencias judiciales, es decir la correcta interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria por parte de los jueces, por lo que en estricto sería una especie de recurso extraordinario, de ahí que se le denomine amparo casación. Luego está el amparo de lo contencioso administrativo, que se utiliza para cuestionar actos y decisiones de autoridades administrativas que no son susceptibles de impugnación judicial. Finalmente, la última modalidad del juicio de amparo es el amparo agrario, creado como un mecanismo de protección judicial para los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria (FixZamudio y Ferrer Mac-Gregor 2006: 472-478).

Según la Suprema Corte de Justicia de la Nación el amparo mexicano presenta las siguientes características: a) es un medio de control constitucional por el órgano jurisdiccional; b) surgió con el propósito esencial de proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, contra su violación por parte de las autoridades públicas; c) ha sido creado por la Constitución, que viene a ser su fuente, y a su vez esta le impone una meta: lograr el imperio de los mandatos constitucionales; d) tiene como finalidad restaurar el Estado de derecho vía la anulación de los actos de las autoridades que

vienen a romper el equilibrio entre el ejercicio del poder público u el de la libertad; e) teleológicamente conjuga dos objetivos, la protección individualizada del gobernado y la tutela de la Constitución; f) su objeto inmediato es conceder a quien lo solicita la protección de la justicia mexicana, de manera que sean respetadas sus garantías individuales, g) su objeto mediato es preservar el orden constitucional, y a mérito del principio de legalidad, preservar todo el orden jurídico mexicano; h) se configura en la última instancia de impugnación de los actos de autoridad que se traduzcan en una afectación actual, personal y directa de las garantías de las personas; i) es un proceso constitucional sumario, concentrado, de pronta resolución; j) la materia controvertida es un acto concreto o la omisión de la autoridad que el interesado considera lesivo de sus garantías individuales; k) constituyen su objeto únicamente las violaciones directas o indirectas a las garantías individuales; l) sólo se juzga a actos secundarios, nunca puede dilucidarse la propia constitucionalidad de la norma suprema; m) sólo procede contra actos de autoridad, nunca contra actos de particulares; n) están excluidos de su ámbito de acción las leyes o actos que violen derechos políticos; o) la intervención judicial de la amparo es a pedido de parte agraviada, no procede la actuación de oficio; p) busca restituir al gobernado en el goce de sus derechos lesionados bien reponiendo las cosas al estado anterior de la violación u obligando a la autoridad a cumplir lo ordenado por la garantía vulnerada; q) la sentencia tiene efectos interpartes (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2008: 37-40)

Cabe resaltar que, como hemos visto, una característica especial del amparo mexicano es que es un proceso contra el poder público, es decir que cualquier persona puede emplear dicho medio de protección judicial, pero sólo puede ser su contraparte en el proceso una autoridad pública, con lo que no es posible interponer un amparo contra un sujeto particular.

En materia de procedencia del juicio de amparo mexicano, éste se rige por el principio de definitividad, según el cual sólo puede ser objeto de impugnación en el amparo un acto administrativo o judicial definitivo, es decir, aquel contra el que ya no es posible interponer algún recurso ordinario, por que éstos ya han sido interpuestos y agotados. Lógica consecuencia de que no se hayan agotado los recursos ordinarios, previstos legalmente, es

la improcedencia del juicio de amparo, salvo que el quejoso se encuentre en algunos de los supuestos de excepción previstos en la norma constitucional o en la ley reglamentaria del juicio de amparo (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2008: 81-87).

Entonces, este principio se caracteriza porque: a) busca preservar el carácter extraordinario del juicio de amparo; b) el amparo sólo procede contra actos definitivos, es decir que ya no debe ser posible la impugnación de éste por los recursos ordinarios; c) importa una carga procesal para el quejoso, pues debe agotar todos los recursos o medios de defensa a su alcance para revocar, modificar o nulificar la resolución reclamada; d) los recursos, juicios o medios de defensa que deben agotarse sólo son aquellos que están previstos en la ley que rige al acto reclamado; e) la consecuencia de su inobservancia es la improcedencia del amparo, y en caso que el amparo se haya admitido es con secuencia su sobreseimiento (archivo sobrevenido); y f) sólo puede eximirse de la obligación de agotar los recursos previos cuando expresamente lo permitan la Constitución, la Ley de Amparo o la jurisprudencia (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2008: 87-89).

Entonces, en México la improcedencia del amparo se rige por el llamado principio de definitividad, el cual exige el agotamiento de los recursos legalmente previstos para cuestionar el acto reclamado, salvo las excepciones contempladas. En nuestro país, este principio se traduce en la exigencia del agotamiento de las llamadas vías previas, que en nuestro ordenamiento está circunscrito al agotamiento de las vías previas administrativas, las corporativo-particulares, las que están sujetas a supuestos de excepción (como que estén no reguladas o que se haya procedido a ejecutar el acto cuestionado sin haberse resuelto la vía previa), o las judiciales, que exige el agotamiento de recursos (apelación, casación, nulidad, reposición) para cuestionar, mediante un amparo, una resolución judicial.

4.2. La acción de amparo argentina:

El modelo argentino es singular por cuanto el amparo, como mecanismo de protección de derechos constitucionales, es una creación jurisprudencial de su Suprema Corte la que, a

partir de l caso Ángel S iri y S amuel K ot, fue pe rfilando s us c ontornos, e n e special su subsidiariedad, lo que le ha valido ser calificada como una vía excepcional.

En cuanto a la exc epcionalidad del amparo, P edro A berastury realiza un resumen de la doctrina de la Corte Suprema previa a la reforma de 1994. De esta manera señala que, para la judi catura argentina, el amparo es un procedimiento excepcional, solo utilizable en las delicadas y extr emas si tuaciones en las que pe lagra l a sal vaguarda de los derechos fundamentales, por la carencia de otras vías legales aptas. A partir de dicho entendimiento, la p rocedencia d el am paro está sup editada a circunstancias de m uy de finida e xcepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiesta del acto que lesiona o amenaza el derecho, sólo reparable mediante la acción urgente y e xpeditiva del amparo (Aberastury 1999: 30).

Como se sabe , la C onstitución argentina de 1853 ha sido reformada hasta en siete oportunidades⁷⁷, siendo la última en 1994. Mediante esta reforma, se constitucionaliza al amparo, creado como ya se dijo pretorianamente, con el siguiente tenor:

“Toda persona puede i nterponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar l a i nconstitucionalidad de l a nor ma e n que se funde e l a cto u o misión lesiva. [...]”⁷⁸.

⁷⁷Las reformas argentinas, que preceden a la de 1994, fueron hechas en 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1972.

⁷⁸ Sólo se ha transcrito la parte pertinente del texto constitucional que diseña el amparo. el segundo párrafo establece lo que en doctrina se conoce como el amparo colectivo (procedencia del amparo para la tutela de derechos colectivos o intereses difusos), en el tercer párrafo se configura el amparo para la protección de datos personales (hábeas data), y en el último párrafo se c onsagra e xpresamente al h ábeas c orpus c omo instrumento protector de la libertad física.

A partir de dicho marco constitucional, Claudia Beatriz Sbdar hace un recuento de la doctrina posterior a la reforma constitucional de 1994 relacionada con la interpretación de la expresión constitucional “medio judicial más idóneo”. En dicho sentido, identifica dos grandes líneas interpretativas: una que a partir de dicha expresión postula la subsidiariedad del amparo (como Néstor Pedro Sagüés), y otra que defiende la tesis del amparo como vía directa (en donde se ubicarían autores como Augusto Morello y Adolfo Rivas) (Sbdar 2003:132-136). En un sentido similar, la autora reproduce una serie de fallos judiciales que se alinean con una y otra postura (Sbdar 2003:136-138).

Ante dicho escenario, la autora toma postura defendiendo la segunda de las tesis señaladas: el amparo es una vía principal y directa para la tutela de los derechos fundamentales. Así, postula que la expresión “medio judicial más idóneo” debe entenderse a partir de las notas características que la propia Constitución imputa al amparo:

“Por ello, al momento de examinar la idoneidad de la vía judicial alternativa, debe sin duda repararse en la rapidez y expeditividad de aquella [del amparo], toda vez que la coexistencia de las dos primeras frases de la norma constitucional autoriza a interpretar razonablemente como criterio general cuál medio judicial sería más idóneo que el amparo: el procedimiento más rápido y expedito que aquél” (Sbdar 2003: 141)

Seguidamente la autora postula su posición en torno al amparo como una vía directa y no subsidiaria, anotando que éste declinaría a favor de otras vías cuando éstas sean más rápidas y expeditivas que el amparo –como a algunos procesos urgentes- o cuando la vía ordinaria ofrezca beneficios que el amparo no otorga. La razón que sustenta esta postura, como ya se vio, se asienta en que tras la reforma constitucional de 1994, la protección rápida que debe brindar el amparo ante situaciones de lesión a derechos fundamentales se convierte en una exigencia constitucional, pues “la reforma de la constitución prioriza la necesidad de una respuesta rápida y eficaz al debate extenso y a la amplitud de la prueba” (Sbdar 2003: 142).

Entonces, dos elementos se unen para establecer cuando estamos frente a una vía judicial ordinaria más idónea que el amparo para la protección de los derechos constitucionales lesionados: el elemento temporal de la rapidez en la atención del caso y que la configuración procesal ordinaria no ofrezca beneficios que el amparo no otorga. En ese sentido la autora señala que:

“la vía judicial más idónea sería la del amparo u otra más rápida y expedita, de acuerdo con los calificativos que la misma Constitución atribuye a la acción, aclarándose que la idoneidad de la vía no puede ser medida únicamente desde lo temporal sino también en función de la aptitud para conferir al agraviado, en las particulares circunstancias del caso, algún valioso beneficio que el trámite del amparo no contempla” (Sbdar 2003: 142-143).

Siguiendo dicha línea, la autora es clara al manifestar que a partir de este entendimiento no es exigible al demandante demostrar que el tránsito por las vías ordinarias podría causarle un perjuicio irreparable, pues basta con que se presenten los presupuestos constitucionalmente exigidos (lesión actual o inminente, arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo y titularidad indubitable del derecho constitucional invocado) para que el amparo resulte ser la vía judicial más idónea, salvo que exista en el ordenamiento procesal otra vía más rápida y expedita que ofrezca beneficios procesales que en el amparo no se otorgan (Sbdar 2003: 143-144, 161-162).

Néstor Pedro Sagüés defiende la postura contraria, es decir postula un rol subsidiario del amparo en la tutela de los derechos constitucionales. Así tenemos que en sus comentarios a la reforma constitucional de 1994, sostiene que

“tradicionalmente Argentina se inclinó por la concepción subsidiaria del amparo, reputándolo viable solamente si no existen otras vías judiciales o administrativas para atender la lesión a un derecho constitucional. Por tanto la inexistencia de tales vías paralelas o prejudiciales al amparo, era (o es) presupuesto de su admisibilidad [...] y ello reserva el amparo para casos especiales, porque lo común será atender un problema de atentado a tales derechos por medio de los procesos y recursos corrientes, paralelos o previos al amparo” (Sagüés 1994:1154-1155).

Esta concepción subsidiaria del amparo podría ser objeto de cuestionamiento si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que reconoce el derecho de cualquier persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Al respecto, Sagüés sostiene que la disposición de la Convención no indica que el amparo deba ser subsidiario, empero tal circunstancia no impide al legislador nacional optar por dicha opción legislativa, siempre que el ordenamiento prevea otros medios procesales efectivos –como las medidas auto-satisfactivas del ordenamiento procesal argentino– para conjurar las afectaciones a los derechos contenidos en la Convención (Sagüés 1994:1155).

Entrando y a la interpretación del artículo 43 de la Constitución argentina, Sagüés considera que la alusión al “medio judicial más idóneo” quiere decir que si existe un proceso judicial mejor que el amparo para la tutela del derecho en juego el afectado debería recurrir a dicha vía ordinaria. Al mismo tiempo, Sagüés se cuestiona en el sentido de si esta vía ordinaria no es igual o es peor que el amparo, entonces se responde que -en principio- el escenario del amparo se mostraría al afectado como una vía alternativa y no subsidiaria. Sin embargo, para salvar esta dificultad argumenta el profesor argentino que la Constitución señala que el acto lesivo del derecho debe ser manifiesto; por lo que si éste no es “palmariaemente arbitrario o ilegal”, el amparo no será una ruta exitosa; siendo más provechoso transitar por otra ruta procesal (Sagüés 1994: 1155).

En dicho sentido, el profesor argentino considera que los procesos ordinarios son generalmente más idóneos que el amparo para la tutela de los derechos fundamentales; por cuanto en su seno se estudia cualquier tipo de acto lesivo, no siendo relevante su si el mismo resulta manifiestamente ilegítimo o no, ya que en buena cuenta, luego de un amplio

debate probatorio se establecerá si el acto cuestionado en el proceso resulta ser lesivo o no del derecho fundamental (Sagüés 1994:1155).

Finalmente, propone un entendimiento de esta materia en los términos siguientes:

“[...] ante un hecho lesivo proveniente del Estado o de particulares, el afectado debe, en principio recurrir a l proceso “ más idóneo”, que habitualmente será el ordinario. Sin embargo, por excepción (v. gr., en función del factor tiempo, de la inexistencia de medidas cautelares en el procedimiento común, o de su producción improbable, etc.), el amparo puede presentarse como el proceso “más idóneo” (o “tan” idóneo) que el regular, en cuyo caso si será admisible. Pero ello tendrá que ser alegado y demostrado siquiera *prima facie* por el promotor del amparo, ya que es un hecho notorio que los trámites ordinarios son más generosos, en plazos, radio de conocimiento y material probatorio, que la acción de amparo” (Sagüés 1994: 1155, cursiva del original).

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, se ha señalado que el demandante deberá demostrar la ineficacia de los otros medios judiciales para proteger el derecho invocado, así también la urgencia del caso y que el amparo evitará que la lesión se convierta en irreparable; en tanto que el demandado deberá demostrar que la vía del amparo no es apta porque en el caso se requiere un mayor debate probatorio (Maraniello 2011: 33-34).

De lo desarrollado, puede observarse que la idoneidad para Sagüés significa que el mecanismo judicial ordinario ofrece una etapa de actuación probatoria a efectos de acreditar, en aquellos casos en que la arbitrariedad de la lesión al derecho no resulta manifiesta, que el derecho constitucional es objeto de agresión. Entonces, siguiendo con Sagüés, si la agresión resulta manifiesta, la vía procesal idónea para la tutela del derecho sería el amparo. En dicha medida, sólo en estos casos el amparo sería una vía directa para tutelar el derecho y a su vez alternativa, siempre que el demandante opte por acudir a la vía ordinaria y no al amparo.

Coincidente con la posición de Sagüés, Pedro Aberastury indica que no debe perderse de vista que el amparo es una acción que aparece en escena cuando no existe otro remedio

judicial más idóneo, por cuanto se utiliza la vía constitucional cuando “la subsistencia del derecho no admite otra vía que conlleve el mismo efecto” protector (Aberastury 1999: 22).

En dicho contexto, señala que el acto lesivo debe ser manifiesto, actual e inminente, de modo que se advierta que sobrevendría un daño grave e irreparable al derecho si se remitiera la causa a las vías ordinarias; por lo que en dichos casos el juez de amparo debe restablecer de inmediato el derecho lesionado (Aberastury 1999: 22).

Ahora bien, el que el acto lesivo sea manifiesto implica que su evaluación en el seno del amparo no exija una actividad probatoria compleja, propia de las vías ordinarias, sino que la arbitrariedad manifiesta aparezca en forma clara, indubitable, que a lo sumo requiera una breve evaluación de los hechos expuestos en la demanda y a su vez que resulten acreditados mediante las instrumentales que se le acompañan. Así señala que el acto lesivo, patente, claro, inequívoco, incontestable, cierto, ostensible, palmario, notorio e indudable “[...] lo manifiesto de la ilegalidad se impone también concurrentemente, para que efectivamente pueda ser captado con claridad por el juzgador en el sumarísimo trámite de este tipo de acción” (Aberastury 1999: 25)⁷⁹.

Sobre la existencia de otras vías judiciales idóneas, el autor manifiesta que en la jurisprudencia argentina es pacífico el principio de que el amparo sólo procede en ausencia de otros remedios judiciales, ya porque no existen o por la lentitud de la respuesta judicial que traen consigo, sin embargo “el principio expuesto se enfrenta al problema de la idoneidad de la acción [...]”, lo que significa que si la otra vía es idónea, el amparo no procede “[...] pues el procedimiento excepcional no está destinado a sustituir los medios normalmente instituidos para la decisión de controversias jurídicas” (Aberastury 1999: 26).

⁷⁹En la nota al pie 41 ubicada en la misma página se cita jurisprudencia que, sobre este punto, señala lo siguiente “La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (...) requieren que la lesión de los derechos o garantías reconocidas por la Constitución Nacional resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de amplio debate o prueba”, CS setiembre 6-1984, “Radio Universidad Nacional del Litoral SA c. Comité Federal de Radiodifusión y otro, publicado en *La Ley*, 1985-B, 210, ED. 112-146.

Tomando algunos fallos jurisprudenciales como referencia, el autor señala que se ha posibilitado el amparo por motivos de dilación de los procedimientos administrativos, ya que se buscaba ante todo conjurar el riesgo de que se ocasione un daño grave y permanente en el recurrente. De esta manera, se exige que el daño sea actual y/o inminente, es decir que sea manifiesto, lo que significa que no sea necesaria mayor actividad probatoria para acreditar la ilegalidad del acto lesivo cuestionado (Aberastury 1999: 26-28).

Por lo tanto, en el modelo argentino de amparo “[...] resultan excluidas del ámbito del amparo las cuestiones opinables y las que requieren amplio debate y prueba, en virtud de la vía rápida, propia de esta acción” (Aberastury 1999: 32).

A partir de lo expuesto, se puede señalar que aún existe una discusión en Argentina sobre si el amparo, luego de la reforma constitucional de 1994, mantiene su carácter de acción subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, en uno y otro caso, este entendimiento del amparo, pasa por la idoneidad de la vía judicial ordinaria para conjurar el riesgo de irreparabilidad de derecho y de la complejidad probatoria que encierre el caso. Esto está más vinculado a las circunstancias particulares del caso, antes que a la configuración legislativa del amparo.

En efecto, si el acto que lesiona el derecho es manifiestamente arbitrario e ilegítimo, por lo que no requeriría mayor actividad probatoria para demostrarlo que el mero acompañamiento de medios probatorios con la demanda, el mismo puede ser revertido mediante el amparo; en cambio si el acto no resulta manifiestamente arbitrario, siendo en estos casos necesarios actuar pruebas, entonces la vía idónea para conjurar la lesión será la vía ordinaria y no el amparo constitucional.

4.3. El recurso de amparo español:

La Constitución española de 1978 establece las líneas básicas del recurso de amparo en los artículos 53.2 y 161.1 de su texto. Así pues se señala que:

“Artículo 53.2.- Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo 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 Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Artículo 161.1.- El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: [...] b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53. 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”.

Indudablemente, de las palabras del constituyente se observa que éste delega en el legislador ordinario la configuración procesal del amparo. No obstante, resulta curioso que el constituyente señale las características del proceso judicial ordinario (preferencia y sumariedad) que protegerá las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª del Capítulo Segundo de la Constitución de 1978, empero no otorgue ninguna característica especial al recurso de amparo que se sustanciará ante el Tribunal Constitucional. Esta deficiencia, ha sido suplida por la regulación legal dada por la Ley Orgánica N° 2/1979 - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En España rige un modelo de subsidiariedad distinto al de nuestro sistema, debido a la organización del sistema judicial y a la configuración de los procesos, ya que en España el amparo constitucional es competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional, que en nuestro país es compartida con los jueces del Poder Judicial para resolver los casos en primera y segunda instancia. Por lo tanto, el amparo constitucional no se sustancia ante el Poder Judicial, he ahí uno de los aspectos que le otorgan su carácter de acción extraordinaria, puesto que es extraordinario el recurso en tanto el órgano que lo conoce no

es un órgano judicial común, sino que es la única y suprema instancia de la justicia constitucional española la que resuelve el amparo constitucional.

En dicho entendimiento, se ha calificado al recurso de amparo como una acción autónoma, de carácter extraordinario y subsidiario.

En línea de principio debe señalarse que en España se reconoce al recurso de amparo, a pesar de su denominación constitucional, el carácter de acción autónoma y no de mero recurso, así se señala: “[...] el recurso de amparo no representa en términos estrictos la reproducción de una acción ante un órgano superior dentro de un determinado orden jurisdiccional –característica básica de los recursos ordinarios–, sino que se suscita ante un órgano ajeno al Poder Judicial como es el Tribunal Constitucional y con un objeto concreto y determinado: garantizar un derecho fundamental. Ello hace del recurso de amparo una acción autónoma, aunque a menudo su objeto coincida total o parcialmente con lo que previamente fue objeto de discusión ante jueces o tribunales ordinarios” (Pérez Tremps 2006:123). Contrario a este entendimiento se muestra Francisco Rubio Llorente, quien dejando de lado su postura defendida cuando integraba el Tribunal Constitucional, considera al recurso de amparo como un verdadero recurso extraordinario (Rubio Llorente 1998b: 41-43).

Más allá de esta disputa, se le reconoce al amparo un carácter extraordinario, ya que

“[...] no cualquier cuestión puede suscitarse ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, si no sólo y exclusivamente la protección de derechos y libertades fundamentales [...]. En consecuencia, tanto el fundamento de la acción –vulneración de derechos fundamentales–, como su finalidad –garantizar esos derechos– hacen del recurso de amparo una acción extraordinaria” (Pérez Tremps 2006: 123, 124).

Como tercera nota característica del amparo español la doctrina señala a la subsidiariedad. A partir de esta característica se exige el agotamiento de la tutela ante los jueces ordinarios: “[...] sólo cuando se ha buscado la tutela de derechos fundamentales ante los jueces y tribunales, invocando efectivamente esos derechos, y esa búsqueda ha resultado

insatisfactoria, puede acudir al Tribunal Constitucional en amparo.” (Pérez Tremps 2006:124).

En relación a los derechos protegidos, la subsidiariedad determina que: “[...] no basta con que haya existido un proceso previo a la interposición del recurso de amparo del que hayan conocido los jueces o tribunales ordinarios; a éstos se les ha tenido que dar oportunidad efectiva de reparar la lesión de derechos de nunciada, puesto que son los “garantes naturales” de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha interpretado esta exigencia de invocación previa otorgándole una dimensión material y no simplemente formal; lo importante, pues, no es la invocación o cita formal del precepto constitucional lesionado, sino que la cuestión que se pretende debatir ante el tribunal constitucional haya sido ya objeto de discusión ante los órganos judiciales, siempre que haya habido ocasión para ello (STC 90/1999 por ejemplo)” (Pérez Tremps 2006:125).

Según Francisco Rubio Llorente la LOTC ha configurado al amparo como: “[...] un recurso frente a decisiones judiciales [...]”, lo que supone que: “[...] la obligación de agotar la vía judicial previa (o los recursos existentes) no puede ser dispensada en ningún caso, salvo aquellos, escasísimos, en los que esa vía no existe [como los actos de las Cortes sin valor de ley]” (Rubio Llorente 1998a:26) “En todo caso, sea cual sea el acto atacado, es indispensable, antes de acudir ante el Tribunal Constitucional, agotar la vía judicial previa o, en el caso de que el objeto de la impugnación sea un acto (o una omisión) de un órgano judicial, todos los recursos utilizables, con lo que el recurso de amparo se dirige siempre, salvo en los pocos casos ya indicados, contra decisiones judiciales, aunque no sean éstas objeto último de ataque” (Rubio Llorente 1998a:27).

Procesalmente, dos notas configuran la subsidiariedad de la amparo: a) la necesidad de agotamiento de la vía previa, a un cuando “el de mandante no haya iniciado vía previa alguna, cuando el caso es de importancia general o el seguimiento de la vía judicial pueda acarrear al demandante de amparo un perjuicio grave e inevitable”; y, b) la exigencia de invocar formalmente el derecho constitucional lesionado en el proceso previo que “establece en nuestro sistema una estrecha conexión entre el proceso previo y el

constitucional, incluso, capable de servir, ha ce de todo proceso en el que se ha ya hecho invocación de derechos constitucionalmente garantizados un proceso constitucional desde el momento de tal invocación” (Rubio Llorente 1998b:37).

Señala Rubio Llorente que por subsidiariedad se entiende –de modo general- “la necesidad de que ha ya una de terminada secuencia en la intervención de las distintas instancias decisorias, de manera que no ha ya de ocuparse la superior de lo que puede resolver con eficacia la inferior” (Rubio Llorente 1998b: 38). Seguidamente, advirtiendo que el concepto de eficacia es central al de subsidiariedad, de modo crítico expone que: “Como el concepto de eficacia es a su vez un concepto abierto, la subsidiariedad apenas pasa de ser, al final, algo más que la cobertura aparentemente objetiva de las preferencias axiológicas o políticas de quien la proclama” (Rubio Llorente 1998b:38).

Luego el autor señala que la subsidiariedad no sólo impone al demandante la obligación de agotar la vía judicial previa, sino que a la vez impide el conocimiento del caso por parte del Tribunal, pues actúa como un límite a su competencia, “[...] impidiéndole entrar en el fondo de las cuestiones de batidas, cuyo conocimiento ha de devolver por eso al órgano judicial” (Rubio Llorente 1998b:39).

Sus críticas parten de la imprecisión del concepto de subsidiariedad, por lo que su uso sirve para eludir contestar al problema de si el amparo es un verdadero “recurso” “[...] o lo que es lo mismo, el espinoso problema de la relación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria” (Rubio Llorente 1998b:39).

La última característica del amparo español es la flexibilidad procesal lo que determina que “[...] la interpretación de sus requisitos formales debe estar presidida por una cierta flexibilidad que, sin causar lesiones a derechos de terceros ni vulnerar el principio constitucional de seguridad jurídica, permita cumplir eficazmente esa función de tutela [...]” (Pérez Tremps 2006:125).

Este principio, que a su vez se sustenta en el principio *pro actione*, debe relativizarse en la hora actual debido a que España ha pasado de un modelo de tutela subjetiva del amparo (y por ende más flexible) hacia una objetivación de las exigencias de admisibilidad del recurso de amparo (más rígido), debido a la sobrecarga que con el paso de los años ha ido arrastrando el Supremo Constitucional español y que hacen de la tutela judicial efectiva una tutela judicial aparente e ineficaz.

4.4. El recurso de amparo costarricense:

La Constitución de Costa Rica, vigente desde 1949, incorporó mediante reforma del año 1989 (introducida mediante Ley N° 7128 del 18 de agosto) al recurso de amparo en su artículo 48, según la redacción siguiente:

“Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10”

El invocado artículo 10 establece la Sala Constitucional al interior de la Corte Suprema. El dispositivo en mención establece que:

“Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Le corresponderá además:

a) Dirimir los conflictos de competencia entre los dos Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley.

b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley”

Estas disposiciones constitucionales han recibido desarrollo legislativo mediante la Ley N° 7139 Ley de Jurisdicción Constitucional de 1989 (LJC). Esta Ley establece tres tipos de amparo: a) aquél que se dirige al cuestionamiento de actos de autoridad pública; b) los que tienen por objeto el cuestionamiento de actos de sujetos de derecho privado; y, c) el amparo en defensa del derecho de rectificación o respuesta (Sagüés 1991: 482). A efectos de l presente trabajo interesan los dos primeros tipos.

En dicho sentido, tenemos que el amparo contra a autoridad pública tiene como base lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Constitucional que el amparo:

“Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas”

Leyendo de manera conjunta esta disposición con las causales de improcedencia previstas en el artículo 30 y en especial la regla de procedencia del amparo regulada en el artículo 31 de la misma LJC, podemos establecer que el amparo en Costa Rica es un proceso directo contra las actuaciones de la administración pública, no siendo necesario agotar procesos judiciales ordinarios previos (Hernández Valle 2006: 277). En dicho sentido, se excluye del amparo el cuestionamiento de:

“[...] las leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquéllas o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación. También excluye el amparo contra las resoluciones y actuaciones

jurisdiccionales del Poder Judicial, contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar decisiones judiciales, y contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral” (Brewer-Carías 2005:115-116)

El carácter directo del amparo costarricense contra actuaciones administrativas se deriva de lo dispuesto en el artículo 31 de la LJC. Esta disposición establece como regla general que: “No será necesaria la reposición ni ningún otro recurso administrativo para interponer el recurso de amparo”. Esto quiere decir que si se presenta una vulneración a algún derecho fundamental por parte de la autoridad administrativa, no es exigible que el agraviado agote los recursos –como el de apelación– que legalmente se hayan establecido. En dicho escenario, el administrado podrá interponer de manera directa el amparo ante la Sala Constitucional.

El mismo dispositivo establece como excepción que si el agraviado opta por interponer algún recurso administrativo, el plazo de prescripción del amparo (que es de dos meses según se desprende del artículo 35 de la LJC⁸⁰) se suspende mientras el recurso esté en trámite de resolución. No obstante, la misma norma establece que no es necesario esperar la resolución expresa de la administración para interponer el amparo, pues el uso del recurso administrativo se realiza “si n perjuicio de que se ejerza directamente [el amparo] en cualquier momento”

Cuando se trata del amparo contra particulares el artículo 57 de la LJC exige una especial cualificación del sujeto privado que lesiona el derecho constitucional, pues el amparo sólo procede “cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para

⁸⁰ Artículo 35 de la LJC: “El recurso de amparo podrá interponerse en cualquier tiempo mientras subsista la violación, amenaza, perturbación o restricción, y hasta dos meses después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado.

Sin embargo, cuando se trate de derechos puramente patrimoniales u otros cuya violación pueda ser válidamente consentida, el recurso deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el perjudicado tuvo noticia fehaciente de la violación y estuvo en posibilidad legal de interponer el recurso”

garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a), de esta ley”.

Una primera observación a la regulación del amparo contra sujetos de derecho privado es la exigencia de que éstos se encuentren en una especial situación de poder frente al agraviado, ya que el demandado deberá actuar en ejercicio de potestades o funciones públicas, o deberán encontrarse de hecho o de derecho en una posición de poder frente al agraviado, estas exigencias ameritan un cierto ejercicio de prueba que recae directamente en el perjudicado, quien además de acreditar el acto lesivo deberá acreditar la posición de poder del sujeto que lesiona sus derechos.

Al respecto, Rubén Hernández Valle da algunos ejemplos de estas situaciones de poder de los sujetos privados. Así tenemos que, en lo que respecta al primer tipo cita los casos de los notarios públicos y de las empresas privadas que prestan servicios públicos, que se niegan o bien a entregar la escritura pública o prestar el servicio público del cual son concesionarios; para el segundo caso, cita a las personas que ejercen la patria potestad y que se niegan a extender permisos para tratamientos médicos necesarios (por ejemplo los Testigos de Jehová), y para el último de los supuestos de posiciones de poder cita a una gran empresa privada (Hernández Valle 2006: 278)

Adicionalmente, el acto privado cuestionado en el amparo debe ser ilegítimo, según una interpretación *a contrario sensu* del segundo párrafo *in fine* del artículo 57 de la LJC donde se establece que: “No se podrán acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado”.

Esta modalidad de amparo, a diferencia de la que se interpone frente a actuaciones de la administración pública, es de tipo subsidiario. Esto por cuanto el amparo sólo procederá cuando “[...] los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales [...]”. La legislación procesal constitucional, en aras de evitar la indefensión del agraviado, establece como consecuencia necesaria de la subsidiariedad del amparo contra particulares que: “La

resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado”.

Como puede verse el modelo costarricense establece dos tipos de amparo: uno directo cuando se cuestione un acto lesivo proveniente del poder público y uno de tipo subsidiario, cuando se cuestione un acto lesivo cuyo agente sea un sujeto privado (Sagüés 1991: 482, 483).

La subsidiariedad del amparo costarricense contra particulares ha sido reconocida por la Sala Constitucional, en un caso en el que se pretendía ejecutar, mediante el amparo, una obligación de dar suma de dinero. En dicho sentido, la Sala dejó dicho que:

“No es sino hasta que la Sala haya descontado esas posibilidades de defensa del interesado en las vías procesales comunes, que surge la competencia para analizar el caso en esta vía. De allí que el amparo contra sujetos privados sea de naturaleza subsidiaria y excepcional, llenando los vacíos u omisiones del ordenamiento jurídico. La competencia de la Sala en la materia es residual. De manera que en el caso en estudio, por ser de naturaleza civil en el que se discute el reconocimiento de una suma de dinero ante sus puestas obligaciones contraídas por dos sujetos de derecho privado, no debe ventilarse en la jurisdicción constitucional en tanto existen remedios precautorios y sustanciales capaces de amparar al recurrente” (voto 4723-93)

Entonces, el amparo en Costa Rica:

“se configura como un medio judicial de protección constitucional contra las actuaciones de la Administración Pública, contra las actuaciones de particulares pero cuando actúan en ejercicio del Poder Público, y contra leyes o actos normativos autoaplicativos, que se ejerce directamente ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia contra el servidor o el titular del órgano o representante de la entidad que aparezca como presunto autor del agravio, si no que sea necesario el ejercicio de ningún recurso administrativo previo para interponerlo” (Brewer-Carías 2005: 116)

Ahora bien, y a efectos del presente trabajo, debemos determinar cuándo una vía judicial ordinaria no resulta claramente insuficiente o tardía, de modo tal que cancele la posibilidad de utilizar el amparo para la tutela de los derechos fundamentales. No puede dejarse pasar por alto que las exigencias de que el remedio judicial ordinario sea insuficiente o tardío, no son exigencias concurrentes, sino que basta que una se presente para que sea procedente el amparo (De Trinidad Zepeda 2008: 110, nota al pie 159, Piza Rocafort 1998: 21).

Según Rubén Hernández Valle:

“Lo que nuestra legislación establece es que, aunque exista una vía paralela que tutele el derecho fundamental violado, el agraviado pueda también utilizar directamente el recurso de amparo, siempre que los procedimientos ordinarios resulten claramente insuficientes o tardíos para tutelar eficazmente el derecho fundamental violado. De donde se deduce que el amparo procede no sólo en los casos en que falte la vía paralela, sino también en las hipótesis en que hallándose regulada, no obstante resulta ineficaz para tutelar el derecho fundamental conculcado o amenazado de violación” (Hernández Valle 2006: 279).

Por su parte, la Sala Constitucional exige como requisito para la procedencia del amparo contra particulares, no sólo que el mecanismo ordinario sea insuficiente o tardío, sino que además la sentencia que se obtenga ahí sea ineficaz para proteger el derecho. En palabras de la Sala Constitucional: “Esta hipótesis supone que, existiendo remedios procesales comunes por los que las partes podrían discutir sus pretensiones, el resultado del juicio resulte claramente insuficiente. Esto es la parte no lograría satisfacer su pretensión ni aun obteniendo un fallo favorable” (voto 4723-93)

Rubén Hernández Valle critica esta postura de la Sala en tanto la misma cancelaría el amparo contra particulares. En sus propias palabras, el amparo contra sujetos de derecho privado:

“sería prácticamente inoperante, pues la condición añadida por la Sala casi nunca se daría en la praxis. Inclusive la sala debería haber rechazado todos los casos de amparo contra particulares a lo que le ha dado trámite, en aplicación de la tesis de que el recurso de amparo contra

particulares sólo es admisible cuando “la parte no lograría satisfacer su pretensión ni aún obteniendo un fallo favorable”. La correcta inteligencia de este requisito es que los procesos ordinarios sean claramente insuficiente para tutelar el derecho del recurrente, porque dentro de ellos no existe la posibilidad de dictar medidas precautorias que suspendan la ejecución de los efectos perjudiciales al derecho tutelado, o que sean tan tardíos que la violación se vuelve irreversible” (Hernández Valle 2006: 280)

Entonces, según este autor la vía judicial ordinaria cancela la posibilidad de acudir al amparo cuando exista dentro del mismo la posibilidad de suspender los efectos del acto lesivo del derecho constitucional.

Esta circunstancia es de importancia significativa ya que dentro del trámite del amparo se ha previsto en el artículo 41 de la LJC como regla general la suspensión del acto lesivo que opera de pleno derecho. La ejecución del acto cuestionado opera como excepción, pues sólo en:

“[...]casos de excepcional gravedad, la Sala podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, a solicitud de la Administración de la que depende el funcionario u órgano demandado, o a un de oficio, cuando la suspensión cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado, mediante las cautelas que considere procedentes para proteger los derechos o libertades de este último y no hacer ilusorio el efecto de una eventual resolución del recurso a su favor” (artículo 41 de la LJC).

Por lo tanto, sólo cuando en la vía ordinaria se ha previsto la posibilidad de que se suspenda la ejecución o los efectos del acto lesivo, el amparo no será procedente. Esta situación debe analizarse de manera cuidadosa cuando se está frente a situaciones que involucran derechos de contenido patrimonial (como el derecho de propiedad) regidos por el derecho civil, pues según informa Rubén Hernández Valle, el Código Procesal Civil en su artículo 242 funda un amparo civil, al otorgar como facultad del juez la posibilidad de dictar medidas precautorias para evitar a una lesión grave o de difícil reparación para el recurrente (Hernández Valle 2006: 281). En estos casos, corresponde que el juez constitucional

analice cuidadosamente si la medida precautoria civil puede ser más eficaz que el amparo para salvaguardar el derecho lesionado.

En un sentido similar, sobre la insuficiencia de los medios judiciales ordinarios, Rodolfo Piza Rocafort señala que: “La insuficiencia debe calificarse respecto de mecanismos concretos de protección de los derechos fundamentales, aunque se apliquen para ellos las fórmulas procesales ordinarias de solución de conflictos” (Piza Rocafort 1998: 23); en tanto que Carolina de Trinidad Zepeda señala que esta característica está referida a la “(...) ineptitud e incapacidad para ofrecer una reparación satisfactoria al agraviado. Por lo que [es] insuficiente el resultado de un proceso en donde la parte que obtuvo el fallo favorable no logre satisfacer su pretensión” (De Trinidad Zepeda 2008: 78).

Por otro lado, también se ha establecido que procede el amparo si la vía judicial ordinaria no es oportuna, o como dice la LJC el proceso ordinario es tardío. Al respecto, Carolina de Trinidad Zepeda afirma que:

“esas defensas o acciones que ofrece la jurisdicción ordinaria, diferentes de la jurisdicción constitucional, pueden resultar tardías o insuficientes; de forma tal que la defensa del derecho fundamental transgredido se convierte en ilusoria, puesto que, aunque el sistema brinde una respuesta, ésta llega retrasada o exiguamente; dicha solución se transforma en una pura apariencia. Por esa razón es que no se puede rechazar el amparo sólo por la existencia de un remedio jurisdiccional común, sino que se necesita que este sea idóneo y ágil para solucionar el conflicto jurídico” (De Trinidad Zepeda 2008:77).

Lo tardío es asimilable a lo lento, por lo que Piza Rocafort señala que: “La “lentitud” hace referencia a la experiencia histórica sobre la operación práctica de los mecanismos procesales existentes en el orden común” (Piza Rocafort 1998: 23), de modo tal que el análisis que se haga de esta exigencia, permita a los mandantes poder argumentar y demostrar la lentitud de las vías ordinarias en forma genérica (Piza Rocafort 1998:24).

Entonces, la vía judicial ordinaria no es tardía cuando ésta es ágil y llega a tiempo, es decir que el remedio judicial ordinario brinda una protección en tiempo oportuno al derecho

lesionado. En caso contrario, es decir, cuando la demora del proceso ordinario determinaría que, aun cuando se obtenga una sentencia favorable, el daño ocasionado al derecho ya sea irreparable o irreversible (De Trinidad Zepeda 2008:79), entonces es que resulta procedente el amparo.

Sin embargo, debe advertirse que esta segunda postura es compatible con la postura asumida por la Sala Constitucional que fue objeto de crítica por parte de Rubén Hernández Valle, ya que sujeta la procedencia del amparo a que el fallo del proceso ordinario no resulte eficaz para la tutela del derecho. Entonces si estamos frente a una sentencia, derivada de un proceso ordinario, que resulta ineficaz porque la lesión se ha tornado en irreparable, es absurdo pretender luego iniciar un amparo, sólo para obtener una sentencia de amparo que ordene el pago de una indemnización, que no es el restablecimiento en el ejercicio del derecho, sino una reparación monetaria para paliar los daños causados, lo que ciertamente desdibuja la finalidad protectora que la doctrina reconoce al amparo. Empero, esta es la opción legislativa costarricense.

Asimismo debe señalarse que la Sala Constitucional ha interpretado de manera extensiva esta causal de improcedencia al establecer que no procede el amparo cuando existen remedios administrativos alternativos que pueden resultar eficaces para revertir la situación planteada en la demanda de amparo (Hernández Valle 2006: 281, De Trinidad Zepeda 2008:113).

Entonces, en Costa Rica “no solamente se exige la ausencia de remedios judiciales comunes suficientes y tempranos, sino que además se requiere la falta de una vía administrativa que solucione el problema; de lo contrario, la Sala declara inadmisibles el recurso [de amparo]. Se interpreta el amparo contra sujetos de derecho privado, como un remedio procesal subsidiario, no sólo de la vía judicial, sino también de la sede administrativa” (De Trinidad Zepeda 2008: 113).

En dicho sentido, Carolina de Trinidad Zepeda trae a colación la Resolución 1124-95 (del 24 de febrero de 1995), mediante la que se rechazó un amparo en el que se cuestionaba una

serie de de afiliaciones de una asociación. En este caso la Sala consideró que existían remedios administrativos para solucionar el cuestionamiento presentado mediante amparo, pues ninguno de los demandantes había intentado resolver el problema ante el Ministerio de Justicia que tiene como competencia fiscalizar a dichas asociaciones.

La misma autora informa que esta postura de la Sala, de ampliar la subsidiariedad a las vías administrativas está viciada de inconstitucionalidad e ilegalidad. En el primer caso porque, el amparo como tal también es un derecho fundamental, por lo tanto vía interpretación no puede restringirse su ejercicio (estableciendo una causal de improcedencia distinta a la prevista en la LJC), y es ilegal, en tanto la LJC establece la subsidiariedad sólo frente a las vías judiciales ordinarias y no frente a las vías administrativas (De Trinidad Zepeda 2008: 116-121).

Finalmente, queda por recordar que cuando la Sala Constitucional advierte que el amparo es inadmisibile por existir una vía judicial ordinaria donde ventilarse el asunto, ésta tiene la obligación legal de indicar cuál es esa vía ordinaria. En dicho sentido, tenemos que mediante Resolución N° 2006-17619 de 17 de diciembre de 2006 la Sala rechazó una demanda de amparo interpuesta por una mujer embarazada que había sido despedida presuntamente por dicho motivo. En dicha resolución la Sala indicó a la recurrente en amparo que de acuerdo a los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo tiene una vía judicial ordinaria donde deberá ventilar su pretensión.

Entonces, y a partir de todo lo expuesto, en Costa Rica se tiene un amparo directo contra actuaciones de la administración pública. También existe una modalidad subsidiaria de amparo cuando éste se interpone frente a sujetos de derecho privado que estén en situaciones de poder y siempre que las vías judiciales ordinarias sean insuficientes, por no existir o no ser adecuadas, para la protección de los derechos fundamentales; o cuando las vías judiciales ordinarias sean tardías, no oportunas o excesivamente dilatorias, que determinen que aún con una sentencia favorable el acto lesivo haya ocasionado un daño irreparable al derecho fundamental.

4.5. La acción de tutela colombiana:

Colombia tiene una centenaria tradición en torno al control de constitucionalidad de las leyes en manos de su Corte Suprema (Fernández Segado 2007: 167 y s.s., Osuna Patiño 2010: 624-630), situación que varió con la dación en 1991 de una nueva Constitución, que creó la Corte Constitucional, calificada por algunos como la más activista de lámbito latinoamericano, sobre todo en materia de protección de derechos sociales, a pesar de que formalmente algunos de ellos no reciben el calificativo de derechos fundamentales.

Otra de las novedades introducidas por la Carta Constitucional de 1991 fue la ampliación de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de la persona, en especial mediante la inclusión del amparo, denominado en dicho ordenamiento como “acción de tutela”.

El constituyente colombiano de 1991 consagró a la acción de tutela en el artículo 86 del texto constitucional con el siguiente tenor:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

La regulación legal de la acción de tutela se encuentra contenida en el Decreto N° 2591 de 1991 (del 19 de noviembre), dictado al amparo de las facultades extraordinarias delegadas por el constituyente de 1991 al Poder Ejecutivo mediante el artículo transitorio 5 literal b) de la Constitución. A su vez esta norma está reglamentada por el Decreto N° 306 de 1992 (del 19 de febrero)⁸¹.

El mencionado decreto establece a la tutela como un derecho y un mecanismo de defensa procesal frente a agresiones a los derechos fundamentales provenientes de autoridades públicas y de particulares. En dicho sentido, se señala en su artículo 1 que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares”, asimismo se contempla la procedencia de la tutela aún en los casos de estados de excepción.

Se establece que la acción de tutela procede para la defensa de los derechos fundamentales ampliándose su radio de acción hacia aquellos que aunque no expresamente calificados como fundamentales, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos (artículo 2), asimismo se enumeran los principios procesales que rigen a esta acción: publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia (artículo 3). También, se

⁸¹ Adicionalmente cabe mencionar que sobre la regulación de la tutela colombiana se ha expedido el Decreto N° 1382 de 2000 (del 12 de julio), mediante el que se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela entre los jueces colombianos. Dicho decreto fue objeto de acciones de nulidad ante el Consejo de Estado, además de generar numerosos conflictos de competencias, razón por la que se dictó el Decreto N° 404 del 2001 (del 14 de marzo) que suspendió su vigencia por un año hasta que el Consejo de Estado se pronuncie por su legalidad. El pronunciamiento definitivo del Consejo de Estado se produjo mediante sentencia del 18 de julio de 2002, confirmando la legalidad del Decreto N° 1382 de 2000 (a excepción del inciso 4 del numeral 1 del artículo 1° y del inciso 2° del artículo 3° de dicha norma que fueron anulados).

contempla como criterio de interpretación de los derechos fundamentales, su conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 4).

El Decreto reglamentario de la tutela precisa lo supuestos de procedencia e improcedencia de la misma. En cuanto a la procedencia señala en su artículo 5 que la tutela procede frente a la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular (con arreglo a las reglas previstas en el mismo decreto).

Como causales de improcedencia de esta acción, en el artículo 6 se señala que la tutela será improcedente: a) cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante, precisándose que es irremediable el perjuicio cuando sólo pueda ser reparado mediante una indemnización; b) cuando el derecho invocado sea susceptible de protección mediante el hábeas corpus; c) cuando se trate de derechos colectivos, como la paz, salvo que se trate de impedir un perjuicio irremediable; d) cuando la violación ha causado un daño consumado, y e) cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Se prevé la posibilidad de suspender el acto concreto que amenaza o lesiona el derecho fundamental invocado (artículo 7).

En el artículo 8 se regula la figura de la tutela como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, aun cuando exista otro mecanismo de defensa judicial, siendo el único supuesto en el cual la tutela puede actuar de forma paralela con los otros mecanismos judiciales.

Se establece un régimen flexible para el agotamiento de las vías previas administrativas, estableciéndose que su agotamiento no es requisito indispensable para acudir a la tutela, no obstante se establece la obligatoriedad de su agotamiento para acudir al proceso contencioso-administrativo (artículo 9).

En el artículo 10 se establecen las reglas de legitimidad, señalando que puede hacerlo el afectado por sí mismo o mediante representante, y cuando no pueda hacerlo podrá interponer la acción cualquier persona, señalando dicha circunstancia. También se otorga legitimidad al Defensor del Pueblo quien podrá ejercer la acción, sin perjuicio del derecho que asiste al interesado, a solicitud de cualquier persona o cuando éste se encuentre en desamparo o indefensión (artículos 46).

También se establece que la tutela se dirigirá contra la autoridad pública que presuntamente cometió el acto que lesionó el derecho, asimismo se prevé la posibilidad de que terceros interesados en el resultado del caso puedan intervenir como coadyuvantes del actor o de la autoridad pública demandada (artículo 13).

A efectos de la presentación de la solicitud de tutela se establece el principio de informalidad, siendo necesario tan sólo señalar el acto u omisión que considera lesiona su derecho, el derecho presuntamente lesionado, de ser posible el nombre de la autoridad que lesionó el derecho, y otras circunstancias relevantes para decidir la solicitud. En caso de urgencia o necesidad la solicitud puede ser presentada de manera verbal, prescribiéndose para estos supuestos que: “El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno” (artículo 14). Si no fuere posible identificar el acto que lesione o amenace el derecho se establece un plazo de tres días para la subsanación, en el caso que la demanda fuera verbal, tal subsanación deberá ser realizada en el acto, de no corregirse podrá rechazarse de plano la solicitud (artículo 17).

Se establece un trámite preferencial para la tutela, salvo en caso de hábeas corpus, disponiéndose además que los plazos son perentorios e improrrogables (artículo 15).

En el artículo 18 se establece la facultad del juez de tutelar brindando la protección requerida si se acredita con prueba suficiente el acaecimiento de una grave e inminente violación o amenaza de lesión de un derecho.

Ante una solicitud de tutela el juez podrá requerir los informes pertinentes y el expediente administrativo de ser el caso (artículo 19), la omisión de entrega del informe, genera la presunción de veracidad de los hechos expuestos en la solicitud, facultando al juez a resolver de plano, salvo que estime alguna averiguación adicional (artículo 20).

La doctrina colombiana ha resaltado el carácter subsidiario de la acción de tutela. Tal carácter es un mecanismo de articulación entre la tutela y las vías judiciales ordinarias para la protección de los derechos. Si bien la subsidiariedad articula los medios de protección, el hecho de que exista en el ordenamiento un proceso para la protección del derecho no debe significar per se la cancelación de la tutela, pues el medio alternativo sólo puede cancelar dicha alternativa cuando se un medio “idóneo y eficaz atendidas las circunstancias en que se encuentre el demandante” (Cifuentes Muñoz 1997, 170).

En esa misma dirección, se ha señalado que dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, ésta no tiene por objetivo suplantarse a los procesos judiciales ordinarios (Botero Marino 2009: 105). En dicho sentido la Corte Constitucional ha señalado que: “la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios” (sentencia T-001/92).

Entonces, la subsidiariedad determina que si el juez de tutela llega a identificar que existe un medio judicial, distinto a la tutela, adecuado y eficaz para la protección del derecho, debe declarar la improcedencia de la tutela constitucional (Carrera Silva 2011: 80).

También se ha señalado que la subsidiariedad de la tutela “supone una suerte de confianza en los otros mecanismos judiciales de protección (que deben estar inspirados también por el principio de eficacia de los derechos fundamentales) y la dimensión cautelar, bajo la idea de que la acción de tutela funciona como un

mecanismo de protección inmediato ante la urgencia que supone la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales” (Osuna Patiño y Upegui Mejía 2008: 501)

Ahora bien, teniendo en cuenta que si la tutela tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales, debe verificarse que en cada caso concreto el medio judicial alternativo a la tutela resulta idóneo y eficaz para proteger el derecho. En buena cuenta, si existe el medio judicial ordinario, pero su agotamiento “implica la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable, el amparo constitucional es procedente” (Botero Marino 2009: 105). En otras palabras, el medio judicial ordinario debe ser idóneo para conjurar el riesgo de irreparabilidad del derecho.

Ahora bien, la capacidad de conjurar la irreparabilidad del derecho también hace de la tutela un mecanismo transitorio de protección, pensado evitar un perjuicio irremediable. Así tenemos que Eduardo Cifuentes Muñoz (1997, 170), siguiendo la doctrina de la Corte Constitucional, señala que debe entenderse por “perjuicio irremediable”: “(…) el que es inminente -“que amenaza o está por suceder prontamente”-; urgente de resolver -exige una “respuesta proporcionada a la prontitud”-; grave - representa “gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona-; e impostergable -necesita de “respuesta adecuada, oportuna y eficaz, para restablecer el derecho”- (sentencia Corte Constitucional, T-225/93)”.

También se ha resaltado el hecho de que la procedencia de la tutela cede frente a medios alternativos que sean idóneos y eficaces para la salvaguarda del derecho invocado, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable; por lo que el juez de la tutela debe evaluar, en cada caso, “la situación de la persona y los hechos concretos del caso” (Botero Marino 2009:107)

Por otro lado, e ingresando a la interpretación jurisprudencial, merece resaltarse una de las primeras sentencias proferidas en materia de tutela: sentencia T-001 de 1992, en donde la Corte establece los primeros lineamientos de su concepción en torno a dicha institución,

señalando que sus notas características son la subsidiariedad y la inmediatez. En lo que respecta a la concepción sobre la tutela, la Corte señala que:

“Es la tutela un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales cuando, en el caso concreto de una persona, la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en esta última hipótesis en los casos que determine la ley, tales derechos resulten vulnerados o amenazados sin que exista otro medio de defensa judicial o, aun existiendo, si la tutela es usada como medio transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable. Se trata, entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir si en mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

Y, en lo que se refiere a sus notas características, la Corte precisa que la tutela tiene:

“[...] como dos de sus caracteres distintivos esenciales (los de mayor relevancia para efectos de considerar el tema que ahora se dilucida) los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (art. 86, inc. 3, Constitución Política); el segundo, puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y de finido, estricto y específico, que el propio

artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce.

Únicamente ese carácter de medio judicial subsidiario e inmediato puede explicar el cortísimo tiempo -no más de diez (10) días contados a partir de la solicitud de tutela- que ha conferido la propia Constitución al juez, de manera perentoria e inexcusable, para que resuelva sobre aquélla”.

También debe mencionarse que el Decreto N° 2591 de 1991 fue objeto de control constitucional por la Corte Constitucional mediante las sentencias N° C-543 de 1992, C-018 de 1993 y C-531 de 1993.

Mediante la sentencia C-543 de 1992, la Corte se pronuncia en torno los cuestionamientos de constitucionalidad sobre la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales⁸², señalando, en lo que respecta al carácter subsidiario de la tutela, lo siguiente:

“El artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de autoridades públicas o de particulares.

La Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez: la primera por cuanto tan sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (artículo 86, inciso 3, de la Constitución); la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento

⁸² Un estado de la cuestión sobre procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales en Lozano Ruiz 2009.

llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, y a que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y su pletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.

En otros términos, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas e específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable entendido éste último como aquél que tan sólo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (artículo 6° del Decreto 2591 de 1991).

Así, pues, la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria.

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya ya culminado en un pronunciamiento de finitorio de derecho. Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes. En el sentir de esta Corte, nadie puede alegar que careció de medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció los recursos de que disponía. Pero, claro está, si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obediencia a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción”.

A pesar de la extensión de la cita jurisprudencial, creemos que la misma resulta oportuna, pues nos permite tener una visión de conjunto de la concepción que tiene la Corte Constitucional sobre la subsidiariedad de la acción de tutela.

Entonces, la interrelación entre la acción de tutela y las vías ordinarias se sujeta a las siguientes reglas: a) si el proceso ordinario no es idóneo y eficaz para proteger el derecho, procede la tutela, o lo que es lo mismo, la tutela es improcedente, si es que existe un medio judicial ordinario que sea idóneo y eficaz para la protección del derecho; y, b) aunque exista un proceso judicial ordinario idóneo y eficaz para la tutela del derecho, éste procede, siempre que se busque evitar que se ocasione un daño irremediable al derecho afectado en el caso concreto (Carrera Silva 2008: 80).

5. Las lecciones del derecho comparado

De la revisión de los modelos de amparo mexicano, argentino, español, costarricense y colombiano, se puede establecer que:

- a) La consagración de un determinado modelo de amparo (alternativo o subsidiario) no es un elemento intrínseco o característico del mismo. La subsidiariedad o alternatividad son elementos contingentes que bien pueden ser adoptados o no por el constituyente o los legisladores procesales constitucionales.

Así por ejemplo el constituyente costarricense ha adoptado ambos modelos, alternativo y directo si se cuestiona un acto del poder público, subsidiario si se pretende revertir un acto lesivo privado.

En cambio, en el modelo mexicano el amparo es directo, a condición de que se cuestione un acto que tenga carácter de definitivo (firme); lo mismo sucede con el modelo español.

Por el lado de los modelos argentino y colombiano, se observan que han optado por la subsidiariedad del amparo. Cabe llamar la atención que en el primero la opción ni siquiera fue del legislador, sino de la jurisprudencia que lo incorporó. Pero no puede dejar de mencionarse, luego de la reforma constitucional de 1994 aún se discute si el amparo sigue siendo un mecanismo de protección subsidiario.

- b) Se advierte que se configura procesalmente al amparo como un procedimiento judicial distinto a los ordinarios, no en razón de que sea un fin en sí mismo, sino que dicha exigencia proviene de su objeto de protección: los derechos fundamentales, los que requieren la atención judicial urgente e inmediata para conjurar las lesiones y amenazas en su contra.

- c) Un primer criterio para determinar cuándo procede el amparo en detrimento de la vía judicial ordinaria, viene dada por el hecho de que el medio judicial ordinario necesariamente tiene que ser más idóneo que el amparo, tanto en términos de temporalidad, es decir que sea más rápido y eficaz que el amparo (modelo costarricense), para poder conjurar posibles daños irreparables al derecho, como si ofrece de terminados privilegios procesales que el amparo no brinda (modelo argentino).
- d) También se advierte que para la procedencia del amparo, se exige que la vía judicial ordinaria sea insuficiente o tardía (modelo costarricense). Esto significa que, aun existiendo la vía judicial ordinaria, ésta no es eficaz para la tutela del derecho afectado, es decir no ofrezca una reparación adecuada para la pretensión.

También se exige, aunque no de manera concurrente con el requisito anterior sino de manera excluyente, que el proceso ordinario sea tardío, es decir lento, tan lento que cuando la sentencia que protege el derecho llegue, el daño ocasionado al derecho fundamental podría haberse vuelto irreparable.

- e) En el modelo colombiano, el criterio para determinar cuándo procede el amparo viene dado por la irreparabilidad de la lesión y la eficacia de la vía judicial ordinaria alternativa o paralela al amparo para conjurarla.

En dicho sentido, la tutela procede sólo si la vía judicial ordinaria no es idónea para la protección del derecho; o si existiendo una vía judicial ordinaria idónea, ésta se muestra ineficaz para poder evitar un perjuicio irreparable en el derecho, con lo que la tutela se habilita como una suerte de tutela cautelar (al que el constituyente colombiano califica como un “mecanismo transitorio”) para la protección del derecho.

De este repaso podemos establecer que en el derecho comparado para que una vía judicial ordinaria cancele la posibilidad de acudir al amparo, se exige que aquella sea más eficaz e

idónea, e n términos de oportunidad y rapidez, que el proceso constitucional de amparo. Asimismo, que el proceso ordinario esté en aptitud de evitar –mediante medidas cautelares de suspensión del acto lesivo, siendo paradigmático el modelo costarricense- que la lesión ocasionada al derecho, que es objeto de cuestionamiento en el amparo, no se torne en irreparable.

La idoneidad y eficacia del proceso ordinario, en relación con el proceso de amparo, vendrá dada por la configuración procesal que el legislador le pueda dispensar. Es decir, puede ser un proceso judicial de una sola instancia, o tener una sola audiencia en donde se concentre todas las actuaciones relevantes (saneamiento, admisión y discusión de prueba), o todo el procedimiento se rija por el principio de oralidad, entre otras alternativas. Estas características deben confrontarse con la regulación procesal del amparo constitucional.

De lo expuesto, se tiene que el “riesgo de irreparabilidad” es un elemento que la mayoría de legislaciones procesales conjuran, ya suspendiendo el acto lesivo a la sola interposición del amparo (Costa Rica), o ya posibilitando el acceso y trámite del amparo mismo, que se resuelve en un plazo perentorio (Colombia), o mediante medidas cautelares idóneas para ello (Argentina, México).

Entonces, cuando se analice la idoneidad del proceso ordinario para conjurar el riesgo de irreparabilidad del derecho afectado, deberá analizarse si el medio judicial ordinario cuenta con mecanismos que permitan la suspensión, transitoria desde luego, del acto que se reputa como lesivo del derecho constitucional.

6. El modelo peruano de amparo constitucional: de la alternatividad a la subsidiariedad

6.1. El amparo en y durante la vigencia de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo

La Ley N° 23506 Ley de Hábeas Corpus y Amparo fue elaborada por una Comisión designada por el entonces Ministro de Justicia, Dr. Enrique Elías, mediante Resolución Suprema N° 059-81-JUS, del 01 de septiembre de 1981.

Esta Comisión estuvo presidida por Domingo García Belaúnde e integrada por Pedro Arnillas Gamio, Alberto Borea, José León-Barandiarán Hart y Jorge Velarde Santa María. La Comisión se instaló el 03 de septiembre de 1981, tuvo 14 sesiones⁸³ durante cuatro meses⁸⁴, y presentó un anteproyecto al Ministro de Justicia, calificado por García Belaúnde como “excelente” (BoreaOdría1985: 8).

El proyecto, luego del debate parlamentario, fue aprobado y promulgado el 07 de diciembre de 1982, como Ley N° 23506 y denominada Ley de Hábeas Corpus y Amparo. En ella se regulaba por primera vez las acciones de garantía contempladas en el artículo 295 de la Constitución de 1979.

De acuerdo a la exposición de motivos del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, que ha gozado de mayor difusión a través de las publicaciones de uno de sus miembros (BoreaOdría1985: 343 -354), tanto el amparo como el hábeas corpus debían ser considerados como incidentes y no como juicios ordinarios o sumarios, es decir no eran concebidos como verdaderos procesos.

Por esta razón sus resoluciones finales debían denominarse autos y no sentencias, lo que determinó que la Ley haya “[...] hecho la respectiva diferencia de cuando esta resolución [final que recaiga en el amparo] constituye cosa juzgada y cuando no” (BoreaOdría1985: 345). A partir de lo señalado, en el artículo 8 de la Ley N° 23506 se estableció que la cosa

⁸³ Las referencias sobre la resolución de designación y fecha de instalación se han tomado de la exposición de motivos del anteproyecto de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo que aparece como anexo en: BoreaOdría 1985: 343 y 2000: 587.

⁸⁴ Entre las fuentes empleadas por la Comisión se tiene los proyectos presentados por Valle Riestra (para hábeas corpus), BoreaOdría (para el amparo), Delgado-Guembes (sobre jurisdicción supranacional), los proyectos de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales aprobados por las Comisiones de las Cámaras de Senadores y Diputados, así como la legislación argentina y mexicana, y en algunos aspectos la legislación española y francesa (BoreaOdría 1985: 343).

juzgada en las acciones de garantía sólo se alcanza cuando la resolución final es favorable al demandante⁸⁵. Se afirma expresamente que se optaba por el amparo alternativo, pues según la Comisión: “[...] si el perjudicado o agraviado utiliza la vía ordinaria [...] ya no le es factible utilizar las sumarias acciones de garantía” (BoreaOdría1985: 345).

En cuanto a las disposiciones de la Ley N° 23506⁸⁶ que permiten hablar de un modelo, debe tenerse presente que el amparo configurado en aquella época es uno de corte garantista ya que: a) se contempla la posibilidad de un amparo alternativo (artículo 6.3), b) existe la posibilidad de que el amparo proceda contra normas legales incompatibles con la Constitución (artículo 3), c) a simismo el amparo podrá intentarse contra resoluciones judiciales irregulares (artículo 5, interpretado en forma sistemática con la interpretación contrario del artículo 6.2), d) se contempló la posibilidad de solicitar la suspensión del acto reclamado como una facultad discrecional del juez (artículo 31), y e) se configuró un procedimiento sumarísimo (justificado por el objeto de protección de la garantía).

Este modelo alternativo, garantista y lleno de bondades, generó en un uso abusivo del amparo en la medida que entre 1983 y 1986 se le utilizó de manera incorrecta ya que:

“hubo un elevadísimo número de casos [de amparo] en los cuáles, pese [a ser rechazados] no fueron materia de recursos (medios de impugnación) para el logro de la protección constitucional; situación que en nuestro concepto bien puede evidenciar que la recurrencia (con visos de predilecta y asidua) a dicho instrumento se realizó a sabiendas que no era el que correspondía y que en todo caso, se instauraba “por si acaso” se lograba al go; habiéndose generado dicha finalidad a partir de las bondades propias de la institución como son la sumariedad, la inexistente etapa probatoria y la posibilidad de obtener la suspensión

⁸⁵ Ley N° 23506, artículo 8.- La resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente. Puede oponerse a quien pretendiera ejecutar o ejecutarse igual agresión.

⁸⁶ La Ley N° 23506 tiene la estructura siguiente: un título I con disposiciones generales aplicables tanto al amparo como al hábeas corpus, un título II referido al hábeas corpus (tanto los derechos que protege y los aspectos de procedimiento), un título III referido a la acción de amparo (derechos protegidos y procedimiento), un título IV donde se precisan que no proceden las acciones de garantía respecto de los derechos suspendidos durante los regímenes de excepción, un título V con reglas referentes a la jurisdicción internacional y un título VI con disposiciones finales y transitorias.

del acto reclamado, en otras palabras, los caracteres propios de un verdadero oasis ubicado en el árido Proceso Judicial Peruano (sic)” (Heredia Mendoza 1995: 117)

En una segunda etapa, que iría de 1987 a 1992, el amparo se politiza, pues se emplea para llevar a se de judicial el cuestionamiento de la estatización del sistema financiero⁸⁷. Asimismo, se resalta que en esta etapa se ven en el amparo conflictos que involucran grandes intereses económicos y sociales.

De igual manera, se observa en este período que el verdadero fin de los justiciables para acudir al amparo es obtener la suspensión del acto reclamado, siendo irrelevante el fondo de lo que se resuelva en el proceso principal. Se cita como ejemplo la objeción a medidas de CONASEV que suspendían la negociación en bolsa de las acciones de las empresas financieras, pues una vez obtenidas las suspensiones de dichos impedimentos, éstas acciones eran transferidas, luego de lo cual los mandantes se desistían de las pretensiones formuladas. Esta situación motiva la modificación de dicha cautelar mediante la Ley N° 25011 (del 08 de febrero de 1989), asimismo señala la autora que se observa un empleo del amparo para la protección de derechos de tipo laboral, así como el debido proceso y la reposición de los servicios eléctrico y telefónico (Heredia Mendoza 1995: 118-120).

Madeleine Heredia Mendoza señala que al amparo en dicha época se llevaban casos que no tenían relevancia constitucional, desconociendo un presupuesto procesal esencial de lo mismo⁸⁸, sino que incidían sobre aspectos meramente legales. Para demostrar su afirmación analiza tres casos de amparo:

⁸⁷ Al respecto Samuel Abad señala que “[...] la pretendida estatización de las empresas bancarias, financieras y de seguros, se plasmó en el deseo del gobierno de modificar el procedimiento de amparo. En efecto, la Ley 24723 (octubre de 1987), no sólo dispuso la expropiación de las acciones representativas del capital social de las empresas bancarias, financieras y de seguros, sino además entre sus disposiciones, fijó un procedimiento especial para el caso de las acciones de amparo iniciadas con ese motivo. La norma denotaba el afán del partido de gobierno, con mayoría en las cámaras, de entorpecer el funcionamiento de la amparo” (Abad Yupanqui 2008: 61).

⁸⁸ Madeleine Heredia Mendoza señala que: “[...] únicamente merecerán tutela vía este mecanismo [el amparo], aquellos [derechos] enunciados inmediata o directamente en la Constitución o que pudieran resultar implícitos o participantes de dicha esencia, más no aquellos que teniendo su fundamento en una norma positiva de distinto rango se basen mediata o indirectamente en ella [...]”, en la medida que “[...] cada instrumento procesal ha sido establecido para el cumplimiento de determinados fines en relación también con determinados derechos e intereses [...]” (Heredia Mendoza 1995: 70).

- Caso Christian Rodríguez Vera c/ Petróleos del Perú S.A. / acción de amparo, resuelto por el 19° Juzgado Civil de Lima el 28 de abril de 1987⁸⁹, donde el demandante solicitaba que la demandada le otorgue su pensión conforme al D. Ley 20530, afirmando que renunció voluntariamente con incentivos, la autora señala que en el fondo el caso no debía ventilarse en amparo, dado que el derecho invocado emanaba de la ley, advirtiendo también que en la sentencia se acumularon indebidamente períodos de servicios públicos con períodos de servicio en una empresa estatal que estaba bajo el régimen laboral privado.
- Caso Juan Muchaypiña c/ PETROPERU SA y otros / acción de amparo resuelto por el 20° Juzgado Civil de Lima el 22 de abril de 1991⁹⁰. La resolución comentada es una que dispone la suspensión del acto reclamado, resaltando la autora que el juez confunde los presupuestos del amparo con los de la medida cautelar, aunque señala que un verdadero presupuesto procesal sería la “[...] verosimilitud o apariencia de violación o a menaza inminente de violación de un derecho constitucional, pues si reparamos bien apreciaremos que en el contexto del Amparo dicho requisito resulta lógico, toda vez que si el objeto de la noble institución es declarar si hubo o no violación de un derecho constitucional, la solicitud de la medida cautelar sólo podrá ser concedida sobre la base de aparecer como verdadera la violación constitucional” (Heredia Mendoza 1995: 138).
- Caso Federación Nacional de Petroleros del Perú c/ Director de la Primera Región de Trabajo y Promoción Social y otros s/ acción de amparo, resuelto por el Tribunal de Garantías Constitucionales el 11 de setiembre de 1991⁹¹, donde la Federación demandante solicita se declare la nulidad de una resolución administrativa del Ministerio demandado, que rechazó su reclamo de incumplimiento de un convenio

⁸⁹ Reproducción de resoluciones y análisis de la autora en Heredia Mendoza 1995: 120-135.

⁹⁰ Reproducción de resolución de suspensión de acto reclamado y análisis de la autora en Heredia Mendoza 1995: 135-138.

⁹¹ Reproducción de sentencia y análisis de la autora en Heredia 1995: 138-150.

colectivo (relacionado con la garantía de reajuste de remuneraciones debido a la inflación) por parte de PETROPERU (que no fue demandado en el proceso). Según la autora, coincidimos en ello, no hay verdadero derecho constitucional involucrado, ya que el derecho alegado se originaba en un derecho convencional más que en la propia Constitución.

Lo desarrollado hasta este punto permite arribar a una sola conclusión: la desnaturalización del amparo, ya que su empleo por parte de los justiciables

“[...] no ha guardado, la mayor de las veces, la conformidad ni la armonía funcional debida con el resto de instrumentos procesales; fenómeno particular que ha llevado con razón a un sector de nuestra doctrina a nominarlo como la “amparitis o amparización del Proceso Judicial Peruano” (sic) [...] el referido fenómeno no sólo se ha desarrollado por el uso y abusos de los justiciables, sino también por la incapacidad e inercia de los magistrados para impedir que esto sucediera, fundamentalmente por no haber practicado y mucho menos, sentado jurisprudencialmente la necesidad de realizar un análisis preliminar sobre la configuración de los presupuestos específicos del amparo en cada caso concreto, al final único freno –tratándose de las vías paralelas– para evitar diluvios de amparos [...] promovidos por la propia permisividad del sistema optativo acogido por nuestra legislación [...]” (Heredía Mendoza 1995: 150 y 151).

Esto explica la larga lista de normas que se emitieron a lo largo del primer gobierno aprista (1985-1990)⁹² y durante el gobierno fujimorista (1992-2000)⁹³ tendientes a restringir los

⁹² Samuel Abad (2008: 60-65) cita las siguientes normas, expedidas entre 1985 y 1990, que introdujeron diversas modificaciones a la regulación legal del amparo: Decreto Legislativo 384 de agosto de 1986 (que impedía el empleo de la medida cautelar contra resoluciones del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales), la ya citada Ley 24723 de octubre de 1987 (que establecía un procedimiento especial del amparo si se cuestionaba la expropiación de acciones representativas de las acciones de las empresas bancarias, financieras y de seguros), la Ley 25011 de febrero de 1989 (modificó reglas relativas a la medida cautelar y la competencia judicial del amparo), el Decreto Legislativo 613 de septiembre de 1990, Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales (modificaba la legitimación activa en defensa de derechos relacionados con el medio ambiente, así como la medida cautelar).

⁹³ Samuel Abad (2008: 65-70) cita que en una primera etapa del fujimorismo (28 de julio de 1990 al 05 de abril de 1992): el DS 024-90-JUS de diciembre de 1990 (reglamento que introdujo modificaciones sustanciales en la regulación legal del amparo, se cuestionó que se introdujeran dichos cambios por vía reglamentaria y no legal) y la Ley 25398 de febrero de 1992 (que recogía en lo sustancial las modificaciones del DS 024-90-JUS, disponiendo además su derogación). En una segunda etapa, luego del golpe del 5 de

alcances y efectos protectores de la amparo, con la finalidad de no ver disminuido ni cuestionado su poder político.

No obstante con la caída del régimen fujimorista en el año 2000, y luego del período de transición, se tenía un proceso de amparo regulado por diversas normas restrictivas, aún vigentes a dicha época, que hacían presente un verdadero cambio sustancial de la regulación legal del mismo, con la finalidad de dirigirlo hacia el logro de sus verdaderos fines: la tutela de los derechos constitucionales.

6.2. La subsidiariedad del amparo a partir de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional

El Código Procesal Constitucional, aprobado mediante la Ley N° 28237, introdujo una modificación sustancial al modelo de amparo hasta entonces vigente, cambio la regla de la alternatividad por la subsidiariedad, que inclusive ha sido calificada como un presupuesto constitucional sustantivo del amparo (Landa 2005: 363 y 364).

El cambio del modelo del amparo se contiene en la disposición del numeral 5.2 del artículo 5 del Código, donde se tiene establecido que: “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 hábeas corpus”.

abril: Decreto Ley 25433 (modificó trámite para la expedición de la medida cautelar del amparo), los Decretos Leyes 25454 (28 de abril de 1992), 25473 (04 de mayo de 1992), 25496 (15 de mayo de 1992), 25529 (06 de junio de 1992), 25531 (06 de junio de 1992), 25545 (15 de junio de 1992), 25560 (15 de junio de 1992), 25580 (19 de junio de 1992), 25580 (26 de junio de 1992), 25640 (24 de julio de 1992), 25659 (13 de agosto de 1992), 25700 (01 de setiembre de 1992), 25967 (19 de diciembre de 1992), 25994 (25 de diciembre de 1992), 26090 (28 de diciembre de 1992), 26119 (30 de diciembre de 1992), que disponían diversas acciones (ceses de personal judicial, fiscal y administrativo así como expropiaciones) y que a su vez establecían la improcedencia del amparo para cuestionarlas, también se cita al Decreto Ley 25721 (15 de setiembre de 1992) que otorgaba al ya desactivado Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia para conocer en casación las resoluciones de acciones de amparo en que el Estado es demandado.

Los autores del anteproyecto que terminó convirtiéndose en el Código sostienen que dicho cambio obedece a la búsqueda del amparo selectivo que entró en vigencia. En ese sentido se ha dicho que:

“(…) siendo conscientes de que los procesos constitucionales suelen ser usados, de manera deliberada, para resolver conflictos que no son necesariamente de contenido constitucional, con el sólo propósito de aprovechar precisamente su urgencia (celeridad) se ha puesto muy especial cuidado en construir un sistema que permita al juez discernir aquellos casos en los que el agravio constitucional es sólo la construcción jurídica realizada por el demandante para “amparizar” la solución judicial de su conflicto. En tal sentido se regula con extremo cuidado las distintas hipótesis de improcedencia de la demanda, esto es, de rechazo liminar de ésta” (Abad *et al* 2003: 20 y 21)

Esta postura ha sido ratificada por los autores de manera individual en diversos foros y publicaciones⁹⁴, resaltando el caso de Samuel Abad (2009b: 61 y 62) cuando afirma que:

“Nosotros pensamos que el amparo debe ser un remedio excepcional, extraordinario, que no debería ser utilizado si existen instrumentos procesales idóneos, y por tanto, su empleo ha de ser compatible con su naturaleza. Creemos que este proceso no debe actuar cuando exista una vía judicial ordinaria, sumaria o especial que pueda proteger en forma oportuna y eficaz los derechos de los demandantes. De no ser así, la naturaleza excepcional y urgente del amparo se vería mermada, y se trastocaría nuestro sistema procesal al dejarse de lado – sin razón alguna – los procesos comunes que podrían tutelar eficazmente los derechos fundamentales alegados. Por ello estamos de acuerdo con el cambio –radical– planteado por el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional”.

⁹⁴ Vid. Eguiguren Praeli 2007: 223-225 y García Belaúnde 2009: 246 y 247. Al respecto, resultan ilustrativas las palabras de Francisco Eguiguren Praeli (2007: 241) cuando señala que: “(…) la aplicación de este criterio [la residualidad del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional] disminuirá el número de amparos que se admitan, imitando significativamente su acceso y procedencia, pero ello no pretende circunscribir la utilización de este proceso a asuntos que se estiman propios de la tutela de urgencia de derechos fundamentales, lo que evitaría que los tribunales se abarrotan de procesos de ‘amparo’ que carezcan de verdadera relevancia o urgencia, que incrementan la carga procesal y afectan la celeridad y el carácter sumario que debe caracterizar al amparo, a pesar de existir otras vías igualmente satisfactorias hacia las que deben ser reconducidas tales pretensiones”.

Cabe resaltar que este cambio en el modelo no ha estado exento de críticas, habiéndose llegado a postular su inconstitucionalidad (Castillo Córdova 2005a: 70-79). En esa línea argumentativa, se ha señalado que: a) del texto constitucional brota la alternatividad del amparo y no su excepcionalidad⁹⁵, b) el Estado peruano ha suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos, y en ella se reconoce el derecho a la protección judicial de los derechos⁹⁶ en su artículo 25 según el cual toda persona tiene derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo para la defensa de sus derechos ante las instancias nacionales, por lo que es obligación internacional del estado proveer ese recurso y ese recurso no es otro sino el proceso de amparo (o el hábeas corpus)⁹⁷, según opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁸, y c) dado que la finalidad constitucional de la subsidiariedad es evitar la desnaturalización del amparo mediante la presentación de demandas carentes de sustento constitucional, este fin no se lograría de manera idónea mediante dicho mecanismo, por cuanto la previsión de numeral 5.2 de la artículo 5 de l

⁹⁵ En el texto de nuestra Constitución de 1993 a diferencia de lo que sucede en otros sistemas como el español argentino o colombiano no ha señalado ninguna característica que deba reunir el amparo. Por ejemplo, el artículo 53.2 de la Constitución española de 1978 señala que: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”, por su parte la Constitución argentina (reformada en 1994) establece en su artículo 43 que: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o menoscabe, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley [...]”, en tanto que la colombiana de 1991 prescribe en su artículo 86 que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, los subrayados son nuestros y resaltan que a partir de los textos constitucionales se otorga un determinado carácter a dicho instrumento de defensa de los derechos.

⁹⁶ El profesor Castillo Córdova (2005a: 73) denomina a este derecho, a partir de lo dispuesto en el artículo 200 de la Constitución y el citado artículo 25 de la Convención, como “derecho constitucional de acceso a los procesos constitucionales cuando ocurra la violación de un derecho constitucional”. En específico sobre el derecho a la protección judicial de los derechos, su reconocimiento (internacional y constitucional) así como jurisprudencia emitida sobre el mismo puede verse: Huerta Guerrero 2011: 213-241.

⁹⁷ De este mismo párrafo Campos 2006: 1254-1255; para quien la disposición de l código Procesal Constitucional que consagra el amparo subsidiario es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

⁹⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987a: párrafo 32 y 1987b: párrafo 23.

Código Procesal Constitucional *per se* no impide que los justiciables presenten demandas manifestamente carentes de relevancia constitucional, ni asegura que sólo se ventilen pretensiones constitucionalmente relevantes.

Esta restricción sólo impide una evaluación positiva de su procedencia que es algo diferente, mientras lo primero está dentro del ámbito de acción del justiciable, lo segundo cae dentro del campo de acción del juez constitucional, quien de esta manera se ve obligado a rechazar todas las demandas de amparo cuando se señala sin más que existe una vía específica e igualmente satisfactoria⁹⁹.

Estas objeciones han sido replicadas por Francisco Eguiguren (2007: 239-241) quien señala que la opción por la residualidad del amparo no es inconstitucional ya que: a) el carácter urgente del amparo obliga a diferenciarlo de otros procesos y a no dejar librada la opción de su uso a los justiciables que lo podrían desnaturalizar como la experiencia enseña; b) la alternatividad del amparo se justificaba atendiendo a la experiencia de dictadura militar previa al proceso constituyente iniciado a partir de 1978, siendo que hoy en día las circunstancias son otras; c) puede resultar que un caso constitucional sea tan complejo que requiera de una actividad probatoria intensa que como se sabe en el amparo no es posible, por lo que optar por el amparo terminaría siendo perjudicial; d) el autor emplea una lectura amplia del término “recurso” empleado en la Convención Americana de Derechos Humanos, sosteniendo que en dicho concepto también pueden ingresar mecanismos judiciales ordinarios a condición de que sean rápidos, sencillos y eficaces.

En relación con el primer argumento sostenido por Eguiguren, Samuel Abad sostiene que el amparo es un medio de protección extraordinario y excepcional, que no debería ser empleado si existen medios judiciales idóneos para la protección del derecho, por lo que dicho carácter urgente es lo que fundamenta la adopción del modelo de amparo subsidiario

⁹⁹Como ha sucedido por ejemplo con los precedentes de los casos Anicama (EXP N° 1417-2005-PA, sobre procedencia del amparo en materia previsional) y Baylón (EXP N° 206-2005-PA, sobre procedencia del amparo en materia laboral), que paulatinamente fueron ampliados por el propio TC: EXP N° 9381-2005-PA (sobre el bono de reconocimiento), EXP N° 5430-2006-PA (sobre pensiones de vejez, reintegros e intereses), EXP N° 3052-2009-PA (sobre la procedencia del amparo en caso de cobro de beneficios sociales), entre otras.

por el legislador del Código Procesal Constitucional (Abad Yupanqui 2009b: 61, 62). Con igual parecer se ha señalado que el amparo es una manifestación de la tutela procesal de urgencia satisfactoria, en tanto “su objetivo es proteger de los derechos de las personas cuya afectación o amenaza requieren ser suprimidos con suma rapidez” (Cairo Roldán 2004: 176) a efectos de evitar que las lesiones se vuelvan irreparables o que las amenazas se hagan efectivas, ocasionando daño al derecho amenazado (Cairo Roldán 2008: 128).

Siguiendo dicho entendimiento, el Tribunal Constitucional ha señalado que el proceso de amparo “ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario” (Resolución recaída en el EXP N° 4196-2004-PA, caso Celia Rosario Arburua Rojas, fundamento 6).

Ahora bien, en virtud de los argumentos sobre la complejidad probatoria que encierra la controversia constitucional, se ha postulado que el amparo será procedente si el demandante ha probado, con los elementos probatorios que se acompañan a la demanda los hechos que constituyen el acto lesivo, en buena cuenta, el agravio a su derecho; los que no requieren mayor actuación, es decir, son medios probatorios documentales.

Empero, si para probar los hechos que constituyen el acto lesivo sólo podemos ofrecer medios de prueba que requieran una actividad probatoria compleja, como tomar declaraciones, ratificar documentos o declaraciones escritas, reproducir videos, descryptar o transcribir grabaciones de audio, constataciones oculares, pericias o estudios técnicos; sin lugar a dudas, lo más adecuado y recomendable será acudir a una vía procesal que cuente con una estación probatoria que permita actuar e setipos medios probatorios (Velásquez Meléndez 2012: 72-73).

Siguiendo este entendimiento cabría afirmar que el proceso ordinario se yergue como una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo, siempre que la controversia revista

tal complejidad que requiera una intensa actividad probatoria, que en el amparo no es posible. Sin embargo, somos de opinión –siguiendo a Samuel Abad- que si el caso requiere una actividad probatoria compleja, determinando la improcedencia del amparo, esto no se debe al carácter subsidiario del amparo (que como ya se afirmó es contingente) sino a su propia concepción como mecanismo de tutela urgente que torna imposible que el mismo cuente con un intenso debate probatorio (Abad Yupanqui 2008: 329).

Si bien no es el lugar adecuado para ingresar y tomar postura entorno al debate sobre la constitucionalidad del numeral 5.2 del artículo 5 de Código Procesal Constitucional¹⁰⁰, debemos precisar que desde nuestro punto de vista el carácter urgente del amparo, que será objeto de algunas reflexiones adicionales en el punto siguiente, no determina que éste sea excepcional en relación a los otros mecanismos judiciales ordinarios, sino que su diseño legal (en cuanto al procedimiento y los mecanismos para hacer que se cumpla lo que el juez decidida) resulte siendo sencillo, rápido y sobre todo eficaz, por lo que no puede sustentarse la constitucionalidad de la residualidad o subsidiariedad del amparo en el carácter urgente del mismo.

Si bien, hoy en día, no tenemos el antecedente de una dictadura militar abierta, si tenemos el pasado fujimorista de autocracia y abuso del poder de los noventas, donde además de los abusos directos a los derechos existían toda una serie de formas y mecanismos sutiles y de empleo de la parato judicial formal para sojuzgar a los opositores al régimen, además siempre quien detenta el poder, sea civil o militar, está tentado de abusar de él, más si siente que la población ya no lo respalda, por lo que restringir el empleo de un mecanismo pensado para la tutela de los bienes más valiosos del ser humano puede y de hecho resulta contraproducente.

Ahora bien, que en el amparo no exista etapa probatoria, no implica que no deba probarse lo que se afirma en una demanda constitucional (Castillo Córdova 2006a: 395-396)¹⁰¹. Esta

¹⁰⁰ Ver el numeral 7 del presente capítulo.

¹⁰¹ El principio de que “quien alega un hecho, debe probarlo” es fundamental en todo tipo de proceso. Cfr. los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil.

carga, que pesa sobre el de mandante, está constituida por dos sub-reglas. En principio, corresponde al demandante probar que es titular del derecho que invoca en la demanda. De igual manera, pesa sobre el demandante la carga de probar que los hechos narrados en su demanda constituyen un acto lesivo a su derecho. Entonces, dada la urgencia de tutela que requiere un caso que involucra la afectación de derechos fundamentales, la prueba en el amparo debe ser de carácter instrumental y de actuación inmediata. Por ello, se ha afirmado que la acción de amparo estuvo concebida para aquellos casos en los que la lesión al derecho resulta tan evidente, que una etapa probatoria compleja resulta innecesaria (De Lama Laura 2013: 81).

Siguiendo dicho orden de ideas, la complejidad para probar un hecho no puede determinar la excepcionalidad del amparo, en tanto dicha circunstancia no es consustancial al mismo. Habrá casos en que la actividad probatoria dentro del proceso no será indispensable, en la medida que la lesión al derecho resulte manifiesta, evidente o este se haya contenido en un instrumento idóneo que permita al recurrente no actuar ninguna prueba adicional a la documental, para acreditar que el acto lesivo existió y se produjo, como puede ser la resolución administrativa que contiene la negativa a otorgar una pensión, impedimento de ingreso al centro de trabajo verificado y contenido en un documento expedido por la Policía Nacional del Perú o los inspectores del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, para acreditar el despido; o copias de las actuaciones judiciales o arbitrales, cuando se pretende demostrar que las resoluciones judiciales o el laudo arbitral son irregulares.

Esto quiere decir que si en una determinada controversia constitucional existen dudas acerca de la titularidad del derecho invocado en la demanda, o resulta complejo acreditar la lesividad del acto cuestionado, el amparo será improcedente no porque no sea la vía idónea para reparar la afectación al derecho, sino porque carece de un presupuesto procesal.

Finalmente, cabe resaltar que la interpretación amplia que efectúa el autor de la expresión “recurso” contenido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, contradice la formulada por su intérprete autorizado (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987a y 1987b).

La constitucionalidad del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional será abordada más adelante. Por ahora solo podemos afirmar que la regla de la subsidiariedad del amparo está vigente y ha sido ratificada por el TC, quien ni siquiera ha objetado su constitucionalidad¹⁰².

Este carácter subsidiario del amparo, como ya se vio, se sustentaría en la urgencia de la tutela procesal que el amparo debe brindar frente a la lesión de un derecho constitucional. Siendo así, debemos reflexionar un poco en torno a la tutela de urgencia y su relación con el proceso de amparo.

6.3. La tutela procesal de urgencia y el proceso de amparo

Antaño el abordaje del tema procesal se realizaba a partir de lo que se vino en llamar la trilogía estructural del proceso, conformada por la acción, la jurisdicción y el proceso, estábamos dentro de los límites del procesalismo científico¹⁰³.

Hoy sin embargo el acento ha pasado de la construcción puramente teórica hacia el redimensionamiento instrumental del proceso, en la medida que el mismo, a través del instrumento, está llamado a cumplir ciertos fines valiosos: la satisfacción de las situaciones jurídicas materiales, que procesalmente se traducen en una pretensión justificable. Entonces, el estudio contemporáneo de los procesos ya no se realiza a partir de la reflexión teórica *per se*, sino a partir del tipo de tutela (protección o respuesta) que brindan a las pretensiones del

¹⁰² Cfr. EXP 0023-2005-AI (caso medida cautelar del amparo, donde el TC realiza un desarrollo de los fundamentos constitucionales del amparo) y el precedente del EXP 0206-2005-PA (caso Baylón Flores, donde el Tribunal da cuenta del cambio introducido por el Código Procesal Constitucional sin cuestionar su constitucionalidad).

¹⁰³ Un temprano esfuerzo en dicho sentido en Abad 1996: 15-66, quien a partir de las categorías de la teoría general del proceso determinó el carácter procesal del amparo, sosteniendo que el mismo no podía seguir siendo denominado acción, juicio o recurso de amparo. Igualmente estableció que el amparo era un tipo de proceso declarativo de condena, en la medida que se tenía que declarar la lesión del derecho y condenar al agresor a restablecer el derecho conculcado.

justiciable, en aras de brindar una adecuada protección a las situaciones jurídicas materiales.

En relación con el amparo corresponde determinar, desde la perspectiva procesal, en qué tipo de tutela procesal se halla ubicada (ordinaria o de urgencia) y en dicha medida determinar el tipo de tutela procesal brindada (de cognición, satisfacción, ejecución o cautelar), habida cuenta que con dichas directrices responderá también analizar el recurso de anulación de laudo y a partir de ello considerar si son mecanismos compatibles y/o complementarios para garantizar su objeto, o si en cambio son contradictorios e irreconciliables.

En dicho sentido Juan Monroy Palacios señala que:

“[...] una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las revisiones tradicionales de la tutela ordinaria así como de sus manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso con hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado o tras manifestaciones que exigían fórmulas procesales más expeditivas, es cuando aparece la llamada *tutela jurisdiccional diferenciada*” (Monroy Palacios 2004: 43).

Entonces la tutela diferenciada “[...] surge como un remedio específico para enfrentar el auge y desarrollo de los nuevos derechos –regularmente impersonales, extrapatrimoniales e infungibles-, que empiezan a marcar el nuevo rumbo del Derecho” (Monroy Palacios 2004: 47), pudiendo distinguirse entre una tutela diferenciada preventiva y tutela diferenciada de urgencia. La primera de ellas tiene por finalidades específicas: eliminar las incertidumbres jurídicas u obtener sentencias condenatorias –de hacer o no hacer- no susceptibles de ser satisfechas por reparación patrimonial (Monroy Palacios 2004: 49), en tanto que la tutela de urgencia busca “[...] neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora [el transcurso del tiempo] durante la secuela de un proceso” (Monroy Palacios 2004: 64).

Este tipo de protección judicial puede ser a su vez de dos tipos: a) tutela de urgencia cautelar y b) tutela de urgencia satisfactiva. En ambos casos lo que se busca es evitar que el transcurso del tiempo incida negativamente en la situación jurídica material de las personas, es decir se busca evitar un daño irreparable a los derechos de las personas. Evidentemente la tutela de urgencia cautelar sólo busca brindar un remedio temporal o transitorio, en tanto la situación jurídica controvertida sea definitivamente resuelta por el juez. Empero en el caso de la tutela urgente satisfactiva, no sólo se busca evitar la irreparabilidad del derechos, sino también que dicha respuesta sea definitiva no transitoria ni sujeta a las resultas de otro proceso judicial.

En dicho sentido la pretensión que busca obtener tutela urgente satisfactiva es una pretensión autónoma, a diferencia de la cautelar que si empre es tácticamente conectada con otra pretensión que tiene el carácter de principal.

El amparo como proceso brinda una tutela de urgencia satisfactiva, ya que los casos en que se hayan involucrados los derechos constitucionales: “[...] requieren de una solución que sea inmediata y también definitiva [...]” (Monroy Palacios 2004: 88), ya que los derechos brindan el ropaje jurídico a los bienes más importantes del ser humano: su vida, su integridad física, su libertad, su trabajo, su salud, su bienestar, su educación, e libre desarrollo de su personalidad (cumplimiento de su proyecto de vida), e n f i n s u p r o p i a dignidad como ser humano.

La tutela urgente satisfactiva determina un entendimiento diferente tanto de la pretensión como del proceso. La pretensión “[...] debe tener una elevada probabilidad de ser acogida [...] además infungible, es decir sin posibilidad de ser sustituida por reparación patrimonial” (Monroy 2004: 88), precisamente estas son algunas de las notas características que reúnen los derechos cuya tutela se pretende mediante el amparo, en tanto y en cuanto los derechos fundamentales son reconocidos a todos y todas las personas, su sola invocación en una demanda determina que el caso, más allá de que en un análisis de fondo la pretensión concreta pueda ser estimada o rechazada, deba ser admitido por tratarse de uno que amerita una atención urgente por parte de la judicatura especializada.

Indudablemente los derechos fundamentales tampoco pueden ser susceptibles de sustitución por un equivalente monetario.

El proceso mediante el cual se ventile la tutela urgente de un derecho debe ser igualmente urgente, es decir “[...] sólo es necesari[a] cognición sumaria [...] el juez debe resolver con una información inmediata o instantánea” (Monroy Palacios 2004: 88), y la decisión final debe ser posible de ejecutarse de manera inmediata y tener la garantía de la cosa juzgada, ya que “[...] por las características de las pretensión su actuación [inmediata] se convierte en la única forma de obtener la satisfacción requerida [...] la ejecución de la decisión declarada en este tipo de proceso debe recibir la autoridad de la cosa juzgada, por lo tanto, los efectos que produzca deben ser inmutables” (Monroy Palacios 2004: 89).

Si se analiza el diseño previsto en el Código Procesal Constitucional para el amparo, tenemos que éste tiene por finalidad reponer las cosas al estado anterior a la lesión o agresión, activa u omisiva, de los derechos constitucionales (artículo 1), el procedimiento es sumario en comparación con los procesos ordinarios (artículo 53), no hay etapa probatoria, lo que no impide a las partes probar sus alegaciones (artículo 9), se ha previsto la actuación inmediata de la sentencia (artículo 22), existen excepciones para el agotamiento de las vías previas (artículo 46), entre otras características que hacen del amparo un típico proceso de la tutela de urgencia satisfactiva (Cairo Roldán 2004: 196-208, 2008:128-155).

A partir de las ideas abordadas en este punto, cuando desarrollemos los aspectos relativos al diseño del recurso de anulación de laudo determinaremos si el mismo puede o no insertarse dentro de la llamada tutela de urgencia.

7. Constitucionalidad del modelo subsidiario acogido por el Código Procesal Constitucional

En el numeral precedente reseñamos las posturas esgrimidas en torno a la constitucionalidad del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, en

esta parte del trabajo, tal y como lo señalamos en su momento, haremos el análisis de constitucionalidad y tomaremos postura sobre dicha materia, conectándolo con el tema de nuestra investigación.

En ese sentido, tenemos que el examen de constitucionalidad de cualquier norma jurídica de rango infraconstitucional supone evaluar su compatibilidad o conformidad con lo dispuesto en la Constitución. Tratándose de un control abstracto –ya que solo involucra a normas- debemos tener presente los siguientes elementos: a) una norma parámetro, y, b) una norma objeto de control. La norma parámetro indudablemente es la Constitución, la norma objeto de control es la norma de rango legal o reglamentario que está siendo evaluada a la luz de las disposiciones constitucionales.

Siguiendo al creador de la jurisdicción constitucional, el control constitucional consiste en evaluar la regularidad de la ordenamiento jurídico, regularidad que se traduce en la conformidad de la norma inferior con lo dispuesto en la norma superior (Kelsen 1994: 19), ya que siendo la Constitución norma superior, ésta se convierte en base del ordenamiento, debiendo éste ajustarse a sus contenidos y su propia validez a los mandatos constitucionales (Castillo Córdova 2007: 186).

Si trasladamos estas ideas a los predios de la argumentación jurídica¹⁰⁴, tenemos que la norma parámetro viene a ser la premisa mayor del razonamiento jurídico, en tanto que la norma objeto de control, viene a ser la premisa menor, siendo que la conclusión, luego de un análisis de subsunción (compatibilidad), consiste en la decisión de si la norma objeto de control, la premisa menor, se ajusta o no a la norma parámetro, esto es, a la premisa mayor. Este esquema de razonamiento es lo que, en la teoría de la argumentación jurídica, se ha denominado justificación interna; siendo que su contraparte, la justificación externa, viene dada por la corrección material (adecuada construcción o fundamentación) de las premisas (Atienza Rodríguez 1994: 60-61).

¹⁰⁴ Sobre la o las teorías de la argumentación jurídica: Atienza Rodríguez (2003), así como Portocarrero Quispe 2010: 247-255.

Ahora bien, en relación con la constitucionalidad de la artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, debemos señalar que el primero en advertir posibles vicios de inconstitucionalidad fue el profesor Luis Castillo Córdova (2005a, 61-96), empero dicha tesis fue rebatida por el profesor Francisco Eguiguren (2007: 221-254), coautor de la anteproyecto del Código Procesal Constitucional.

A efectos de evaluar la constitucionalidad del numeral 5.2 de la artículo 5 del Código Procesal Constitucional, debe construirse la norma parámetro. Para ello se utilizarán primordialmente las disposiciones contenidas en el artículo 200 numeral 2 de la Constitución de 1993 y como criterio interpretativo de la misma el numeral 25.1 del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Antes de ingresar a construir interpretativamente la norma parámetro y la norma objeto de control, resulta conveniente precisar que dicho esfuerzo interpretativo se hará a partir de la distinción analítica entre disposición y norma, ya empleada por el Tribunal Constitucional.

En dicho sentido, se conceptúa a la “disposición” como el enunciado lingüístico –el conjunto de palabras- empleado en las fuentes del derecho (constitución, ley, reglamento, directiva), en tanto que se emplea el vocablo “norma” para designar al significado que a dichas palabras se atribuye, es decir viene a ser el significado de la disposición o -con otras palabras- su interpretación.

Esta distinción analítica ha sido empleada por el Tribunal Constitucional en la sentencia del EXP 010 -2002-AI, donde -en relación a las sentencias interpretativas y citando a RiccardoGuastini- se tiene expuesto que:

“La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible sólo si se tiene en cuenta que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias (RiccardoGuastini, “Disposizione vs. norma”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pág. 3 y ss.). En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir. En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir: a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal

(disposición); y, b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma)” (EXP N° 010-2002-AI, fundamento 34)¹⁰⁵.

Entonces, tenemos que:

<p>Constitución de 1993</p>	<p>Artículo 200.-Son garantías constitucionales: (...) 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular</p>
<p>Convención Americana de Derechos Humanos</p>	<p>Artículo 25.- Protección judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales</p>

De la disposición constitucional citada puede extraerse una norma que formulada deónticamente (ordenado, prohibido y permitido) puede enunciarse de la siguiente forma:

“Está ordenado que la acción de amparo proceda contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, a excepción de los protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data”.

¹⁰⁵ Esta distinción –entre disposición y norma- es una de las herramientas analíticas que permite justificar las sentencias interpretativas. Al respecto puede verse: Díaz Revorio (2003, capítulo I).

A partir de lo dispuesto en el numeral 25.1 del artículo 25 de la Convención puede extraerse el mandato siguiente:

“Está ordenado que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención”

Interpretando de manera sistemática ambas normas¹⁰⁶ podemos obtener otra según la cual:

“Está ordenado que la acción de amparo, que será un recurso sencillo y rápido, o cualquier otro recurso efectivo proceda contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos reconocidos por la Constitución”¹⁰⁷.

Esta norma se constituiría como la norma parámetro para el control de constitucionalidad del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

Entanto, la disposición contenida en el numeral 5.2 del artículo 5 del Código que prescribe: “No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] 2. Existen vías procedimentales e específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”, puede extraerse la siguiente norma prohibitiva:

¹⁰⁶ Esta interpretación sistemática viene ordenada también por lo dispuesto en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la que prescribe: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

¹⁰⁷ La idea de que el amparo es el recurso sencillo y rápido proviene de la propia interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987a y 1987b).

“Está prohibida la procedencia de la amparo cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, a excepción de los casos de hábeas corpus”

Esta norma vendría a constituirse como la norma objeto de control en el examen de constitucionalidad.

Entonces, a partir de las normas señaladas como parámetro y objeto de control de constitucionalidad, puede construirse el siguiente cuadro:

Norma parámetro (NP)	Está ordenado que la acción de amparo, que será un recurso sencillo y rápido, o cualquier otro recurso efectivo proceda contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución.
Norma objeto de control (NOC)	Está prohibida la procedencia del amparo cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, a excepción de los casos de hábeas corpus

Confrontando dichas normas tenemos que de la norma parámetro pueden extraerse dos sub normas o posibilidades interpretativas:

Norma Parámetro	Sub normas parámetro
Está ordenado que la acción de amparo, que será un recurso sencillo y rápido, o cualquier otro recurso efectivo proceda contra el hecho u omisión, por	Está ordenado que la acción de amparo, que será un recurso sencillo y rápido proceda contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución (NP1)

parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución (NP)	Está ordenado que cualquier otro recurso efectivo proceda contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución (NP2)
---	---

La norma objeto de control puede incluso reformularse de la siguiente forma:

Norma objeto de control	Reformulación de la norma objeto de control
Está prohibida la procedencia del amparo cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, a excepción de los casos de hábeas corpus (NOC)	Está ordenada la procedencia de vías procedimentales e específicas cuando dichas vías sean igualmente satisfactorias que el amparo para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (NOCR)

La reformulación efectuada obedece al principio de interpretación conforme, según la cual de entre varios sentidos interpretativos que pueden extraerse de la disposición objeto de control, debe preferirse aquella que haga compatible a la disposición impugnada con la Constitución¹⁰⁸.

Por lo que la NOCR sería compatible con la NP2, con lo que el cuadro de la análisis de compatibilidad quedaría enunciado de la siguiente manera:

Norma parámetro (NP2)	Está ordenado que cualquier otro recurso efectivo proceda contra el hecho u omisión, por parte de cualquier
-----------------------	---

¹⁰⁸ Al respecto, para una aproximación teórica al principio de interpretación conforme de la ley a la Constitución, así como una análisis crítico del mismo, puede verse Afonso da Silva (2005, 3-26).

	autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución
Norma objeto de control reformulada (NOCR)	Está ordenada la procedencia de vías procedimentales específicas cuando dichas vías sean igualmente satisfactorias que el amparo para la protección de l derecho constitucional amenazado o vulnerado

Entonces, a partir de las posibilidades interpretativas realizadas, el numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional es constitucional siempre y cuando se le interprete de la siguiente manera: “Está ordenada la procedencia de vías procedimentales específicas cuando dichas vías sean igualmente satisfactorias que el amparo para la protección de l derecho constitucional amenazado o vulnerado”

De esto, se puede concluir que normativamente el elemento determinante para establecer cuando opera la causal de improcedencia del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, viene dada por la exigencia de que la otra vía judicial ordinaria sea “*igualmente satisfactoria*” que el amparo para la protección de l derecho c onstitucional amenazado o vulnerado, entendemos que esto es siempre con independencia de que dicha vía ha ya sido calificado expresamente por el ordenamiento como una vía procesal específica para la protección de los derechos constitucionales.

8. Criterios para determinar cuándo un proceso ordinario es una vía judicial específica e igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de los derechos fundamentales

De lo desarrollado hasta el momento, puede establecerse que en el derecho comparado se emplea como criterio de delimitación del campo de acción del amparo en relación con las vías judiciales ordinarias, el que esta vía ordinaria pueda conjurar el riesgo de irreparabilidad de la agresión que afecta al derecho cuya afectación se ha invocado en un caso concreto (ver numerales 4 y 5 del presente capítulo).

Este criterio en alguna medida es compatible con el que se puede desprender de la interpretación conforme a la Constitución del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, esto es, que la otra vía judicial ordinaria sea igualmente satisfactoria que el amparo para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, con independencia de que dicha vía haya sido calificada expresamente por el ordenamiento como una vía procesal específica para la protección de los derechos constitucionales.

Y es que la capacidad de la vía judicial ordinaria para conjurar el riesgo de irreparabilidad de la agresión sólo será idónea y eficaz en tanto ese mecanismo ordinario sea igualmente satisfactorio que el amparo para la protección del derecho amenazado o lesionado.

En dicho sentido, en nuestro medio se han ofrecido algunos criterios interpretativos del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, con miras a poder establecer cuando una vía judicial ordinaria puede ser calificada como igualmente satisfactoria que el proceso de amparo para la protección de los derechos fundamentales.

Al respecto, Roger Rodríguez Santander propone una interpretación que partiendo de la doble dimensión –subjetiva y objetiva- del proceso de amparo, pueda enfocarse a través de dos perspectivas, una formal y otra sustancial. De esta manera, mientras que a través de la dimensión subjetiva del amparo se prestará especial atención al interés concreto que se ventila en el caso, con la dimensión objetiva se pondrá el acento en la interpretación objetiva de los derechos contenidos en la Constitución, función que comparte el amparo con los demás procesos constitucionales. Complementariamente, el enfoque formal del tema supone un análisis comparativo abstracto entre la legislación procesal aplicable a cada caso. Por su parte, el enfoque sustancial incide en el análisis cualitativo de la relevancia constitucional que cada caso conlleva, así como para la protección específica de quien se considera afectado en su derecho constitucional o, finalmente, para la consolidación institucional (objetiva) del derecho fundamental en la integridad del ordenamiento jurídico y de la sociedad en su conjunto (Rodríguez Santander 2005: 111).

Entonces, el autor citado propone cuatro interpretaciones del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional: subjetivo-formal, subjetivo-sustancial, objetivo-formal y objetivo-sustancial. Mediante el primer criterio de interpretación, una vía judicial ordinaria será igualmente satisfactoria que el amparo siempre que, en abstracto, permita conseguir la satisfacción del derecho lesionado o amenazado en el caso. Esto es, la vía procesal ordinaria debe permitir “sustituir al afectado o amenazado, en posición idéntica o sustancialmente idéntica a aquella en la que se encontraba antes de la lesión o amenaza” (Rodríguez Santander 2005: 111 -112), para lo cual bastará un mero análisis de la configuración legislativa del proceso ordinario y del proceso de amparo.

A través de la interpretación objetivo-sustancial, el proceso ordinario sólo puede ser considerado como igualmente satisfactorio que el amparo si es que está en posibilidad de, según los hechos del caso concreto, evitar que la lesión al derecho se convierta en irreparable, o lo que el autor de nomina el “factor de urgencia”. Siguiendo esa línea argumentativa, se afirma que “es deber del recurrente de mostrar que de un análisis sustancial de los hechos que rodean su caso, se deriva la necesidad de una resolución pronta a efectos de garantizar la adecuada protección de su derecho constitucional”; por lo que el juez constitucional al evaluar la admisibilidad y/o procedencia de la demanda debe formularse la siguiente pregunta: “¿a la luz de las circunstancias del caso, existe grave riesgo de que la potencial o efectiva afectación del derecho constitucional invocado se torne irreparable si se exige al justiciable acudir a la vía ordinaria?” (Rodríguez Santander 2005: 118).

Ahora bien, según la interpretación objetivo-formal, una vía procesal ordinaria no puede equipararse al amparo, en tanto este tiene herramientas procesales que optimizan el derecho, aun cuando la lesión ha cesado o se ha tornado irreparable, según lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional (Rodríguez Santander 2005: 122-123).

Finalmente, a través de la interpretación objetivo-sustancial, se facultaría al Tribunal Constitucional para que pueda rescindir de la exigencia del “factor de urgencia” que requiere la procedencia de la demanda (desde la perspectiva subjetivo-sustancial), a efectos de que -conociendo el fondo de la asunto- pueda emitir un precedente vinculante que, objetivamente, permita optimizar el contenido del derecho constitucional involucrado en el caso concreto. Desde esta perspectiva, el juez constitucional actuaría como un unificador o integrador de la jurisprudencia, en particular aquella sobre derechos fundamentales. De igual manera, esta interpretación incorporaría una suerte de *certiorari*, por medio del cual el Tribunal, con algún margen de discrecionalidad, escogería aquellas causas que, a pesar de no requerir una atención urgente por la gravedad de la lesión al derecho (perspectiva subjetiva), si requirieran un pronunciamiento de fondo, con la finalidad de integrar la jurisprudencia sobre derechos fundamentales (perspectiva objetiva) (Rodríguez Santander 2005: 124-130).

En buena cuenta, lo que el autor citado propone es entender que la vía procesal ordinaria es igualmente satisfactoria que el amparo, cuando está en capacidad de conjurar lo que él denomina “factor de urgencia”, esto es la capacidad de la vía ordinaria de evitar un riesgo irreparable en el derecho amenazado o lesionado, y que nosotros, atendiendo al derecho comparado, hemos denominado “riesgo de irreparabilidad” (interpretación subjetivo-sustancial). Asimismo, propone que se deje de lado el factor o riesgo aludido, para que el Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete de la Constitución, optimice el contenido objetivo del derecho involucrado en el caso, mediante la emisión de un precedente vinculante mediante el cual se unifique su interpretación e integre la jurisprudencia dispersa que sobre el mismo puede existir (interpretación objetivo-sustancial).

Por nuestra parte, creemos que ambas propuestas interpretativas son compatibles con la disposición procesal constitucional tantas veces citadas. En efecto, la primera propuesta interpretativa viene avalada por la revisión del derecho comparado que hemos realizado en los numerales 4 y 5 del presente capítulo.

Ahora, si bien el segundo criterio interpretativo no parece tener respaldo en la experiencia comparada, creemos que ella se incardina en el texto del propio artículo 5 numeral 5.2 del Código, en tanto el amparo como todo proceso constitucional no sólo tiene una dimensión subjetiva, sino también objetiva. De igual manera, no debe olvidarse que disposición citada exige que la vía ordinaria sea igualmente satisfactoria para la protección del derecho lesionado, protección que no sólo se brinda en clave subjetiva (satisfacción del interés particular del caso), sino también en perspectiva objetiva (garantía objetiva del derecho involucrado más allá del caso concreto).

Si bien esta protección igualmente satisfactoria, en línea de principio, se dispensa evitando que la lesión al derecho devenga en irreparable (protección subjetiva), no debe olvidarse que los derechos fundamentales reclaman también una protección objetiva. En dicho sentido, los procesos judiciales ordinarios no pueden dispensar este tipo de protección, pues con o a través de ellos no se puede unificar la interpretación de los derechos fundamentales. Precisamente, esta unificación interpretativa de los derechos que, en buena cuenta, contribuye a su garantía y eficacia más allá de un caso concreto (protección objetiva), sólo puede ser dispensada a través de los procesos constitucionales, en tanto ellos permiten el acceso a un órgano de cierre institucional que tiene por misión ser el último garante de los derechos en nuestro ordenamiento: el Tribunal Constitucional. Entonces, desde esta perspectiva ningún proceso ordinario resulta igualmente satisfactorio que el amparo para proteger objetivamente a los derechos constitucionales.

Al igual que Roger Rodríguez, Luis Castillo Córdova también ha planteado algunos criterios interpretativos para poder establecer cuándo una vía judicial ordinaria es “igualmente satisfactoria” que el amparo para la “protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Cabe a notar que la propuesta de Luis Castillo supone dos presupuestos antes de analizar si la vía es igualmente satisfactoria: que sea una vía judicial (no puede ser una vía administrativa) y que sea una vía específica para la protección de los derechos fundamentales (Castillo Córdova 2005a: 80-82, 2006a: 290-292, 2011a: 68-69).

La propuesta de Luis Castillo parte por reconocer que lo “igualmente satisfactorio” puede entenderse de dos maneras complementarias: una por perspectiva formal y otra material. En dicho sentido, la dimensión formal responde a la siguiente pregunta ¿respecto a qué debe ser la vía judicial ordinaria igualmente satisfactoria?, evidentemente, la vía judicial ordinaria debería ser igualmente satisfactoria respecto del amparo. En cambio, a través de la dimensión material, se busca responder a la cuestión siguiente: ¿para qué debe ser igualmente satisfactoria la vía judicial ordinaria?, en este caso, la vía judicial ordinaria debe ser igualmente satisfactoria que el amparo para lograr el mismo objetivo: la protección del derecho afectado o amenazado, es decir, reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación del derecho. Entonces, lo igualmente satisfactorio “se define tanto desde un punto de vista material, es decir, atendiendo al objeto de protección (la igual protección del derecho constitucional que se obtendría a través del amparo), como desde un punto de vista formal, es decir atendiendo al mecanismo procesal previsto para lograr el objeto de protección (la previsión de un proceso que asegure la igual protección)” (Castillo Córdova 2005a: 83, 2006a: 293).

A partir de ese marco teórico, Luis Castillo señala que la vía judicial ordinaria deberá ser igualmente apta para dispensar la protección reclamada para el derecho, por lo que deberán atenderse las previsiones legales generales y especiales, que permitan la comparación entre la vía ordinaria y la vía constitucional. Advierte que, a partir de este criterio no pueden compararse las disfuncionalidades prácticas de la vía ordinaria, sino sólo su configuración legal. Asimismo, la vía ordinaria deberá tener un trámite sumario (en cuanto a etapas y plazos), sino igual, al menos razonablemente parecido al de la vía constitucional, siendo esencial que la vía ordinaria recoja algunos aspectos procesales, como la ausencia de etapa probatoria, que tiene la configuración procesal del amparo. Puntualiza que para comparar la sumariedad del proceso, no será un elemento relevante la previsión de medidas cautelares, en tanto que el proceso constitucional también las prevé, y asimismo, la sumariedad apunta hacia la rapidez de la respuesta judicial definitiva, no al hecho de que transitoriamente puedan conjurarse las lesiones o amenazas al derecho afectado. Finalmente, señala que la vía judicial ordinaria, además de ser igualmente apta y sumaria para la protección del derecho, debe ser igualmente eficaz para lograrlo. La eficacia de la protección dispensada

por la vía ordinaria de entenderse a partir de los siguientes criterios: posibilidad de interponer medidas cautelares, capacidad para restituir el ejercicio y goce del derecho (reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza) y la pronta o inmediata actuación y/o ejecución de las sentencias firmes. A estas características, Luis Castillo añade que la sentencia, que pone fin al proceso, para que pueda adquirir la autoridad de cosa juzgada, debe ser aquella que se pronuncia sobre el fondo; y debe existir la posibilidad de que el quejoso pueda acudir a una suerte de tercera y última instancia (Castillo Córdova 2005a: 83-86, 2006a: 293-297).

Recientemente, Luis Castillo ha matizado los criterios anotados. De esta manera, señala que, formal y materialmente, deberá ser irrelevante acudir al proceso ordinario o al amparo, en tanto en una y otra vía se puede lograr una rápida y efectiva protección del derecho. En estos casos, la igual satisfacción, esto es la igual protección procesal, deberá verificarse respecto de la dimensión subjetiva así como de la dimensión objetiva del derecho fundamental, en tanto derecho subjetivo e institución objetiva del ordenamiento. Desde este entendimiento, la vía procesal ordinaria no sólo deberá ser apta (idónea) para la protección del derecho, sino que deberá tener un trámite sumario, de tal forma que esté en aptitud de brindar una protección procesal especialmente eficaz como el amparo. Si bien, estas características exigibles a las vías judiciales ordinarias no necesariamente deberán ser iguales que el amparo, bastará con que dicha sumariedad procedimental y eficacia procesal sean razonablemente iguales, las que deberán ser evaluadas, no en abstracto sino, en función a las concretas circunstancias del caso (Castillo Córdova 2011a: 69-70).

Al respecto, creemos que la postura de Luis Castillo, tanto en su primera formulación como -de manera más evidente- con las matizaciones recientes, contiene implícito lo que hemos denominado “riesgo de irreparabilidad” (o “factor de urgencia” según Roger Rodríguez), en tanto la sumariedad procedimental (procedimiento breve y rápido) y la eficacia procesal (inmediata ejecución de la sentencia, posibilidad de medidas cautelares que suspendan el acto lesivo) se justifican por el hecho de querer evitar que la lesión al derecho se torne en irreparable o que la amenaza se produzca usando, igualmente, daños irreparables al derecho afectado.

Siguiendo dicha línea de pensamiento, podemos advertir que la posición del profesor Castillo Córdova, sustentado en sus trabajos del 2005 y 2006, iban en la lógica de realizar un análisis enteramente subjetivo (igual reparación al derecho) y formal (análisis de la configuración legal del procedimiento) entre la vía ordinaria y el amparo, acercándolo a la interpretación subjetivo-formal del numeral 5.2 de la artículo 5 del Código Procesal Constitucional, formulada –pero también rechazada como criterio interpretativo válido- por Roger Rodríguez. Sin embargo, con las matizaciones introducidas en el 2011, la posición de Castillo Córdova se acerca a las interpretaciones subjetivo-sustancial y objetivo-sustancial propuestas también –y acogidas como válidos criterios de interpretación de dicha disposición- por Roger Rodríguez.

Sintetizando esta postura teórica, que resulta coincidente con la revisión del derecho comparado que hemos realizado en anterior oportunidad en este mismo capítulo, cabe señalar que una vía judicial ordinaria será igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de los derechos constitucionales lesionados o amenazados, si es que a partir de su estructura puede conjurar con igual grado de eficacia el riesgo de irreparabilidad de los derechos invocados en la demanda. En buena cuenta, el proceso ordinario para calificar como vía igualmente satisfactoria debe tener razonablemente una estructura procedimental sumaria, y contar con herramientas procesales que permitan el restablecimiento del ejercicio del derecho (volver las cosas al estado anterior), el otorgamiento de medidas cautelares que permitan la suspensión transitoria del acto lesivo o la salvaguarda temporal del derecho, la ejecución o actuación inmediata de la sentencia (actuación de la sentencia de primera instancia, por ejemplo), o que la autoridad de cosa juzgada de la resolución que pone fin al proceso sólo sea otorgada cuando ésta se pronuncie sobre el fondo de la controversia (el acto cuestionado lesiona o no lesiona el derecho constitucional invocado)¹¹⁰.

¹¹⁰ Desde la perspectiva asumida, no creemos que la interpretación objetivo-sustancial, postulada por Roger Rodríguez, pueda ser un criterio que permita analizar si el proceso ordinario puede calificar como una vía igual de satisfactoria que el amparo, en tanto el mismo supone la existencia de un órgano de cierre del sistema de protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional, como lo propone Luis Castillo, posibilidad que –como se sabe- no aparece en ningún proceso ordinario.

Corresponde ahora confrontar los criterios establecidos precedentemente con la praxis del Tribunal Constitucional peruano.

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional es posible encontrar algunos criterios para determinar cuando estamos frente a una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la protección del derecho presuntamente afectado. En dicha línea, el Tribunal ha señalado como justificación de dichos criterios que el proceso de amparo:

“ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario” (EXP N° 4196-2004-AA, fundamento 6, caso Celia Rosario Arburua Rojas, resolución del 18 de febrero del 2005 que declara improcedente la demanda de amparo formulada contra INDECOPI¹¹¹).

Este criterio ha sido complementado en el precedente del caso Baylón Flores, en donde se ha establecido que:

“solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate”

¹¹¹ En este caso se cuestiona la Resolución N.° 075-2003/CCD-INDECOPI, del 7 de julio de 2003, así como la Resolución N.° 03 del 4 de agosto de 2003, ambas emitidas por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de INDECOPI. En la demanda, se cuestionaba la decisión de dicha Comisión de no admitir a trámite su denuncia de competencia desleal contra la Empresa Learning SRL. La demandante tenía un contrato por medio del cual brindaba el servicio de traducciones al Poder Judicial, se aducía que la Empresa Learning SRL se habría reunido con funcionarios del Poder Judicial para ofrecer el mismo servicio y como resultado de ello, se habría producido el recorte del período de vigencia de su contrato.

(EXP N° 026 -2005-PA, fundamento 6, caso César Antonio Baylón Flores contra E.P.S. EMAPA HUACHO S.A.)

Entonces, “si el justiciable dispone de una vía procedimental cuya finalidad también es la protección del derecho constitucional presuntamente lesionado, debe acudir a dicho proceso [ordinario]” (EXP N° 00317-2007-PA, fundamento 2 *in fine*, resolución de fecha 16 de febrero de 2007, en el caso Lourdes Lidia Gamero Aybar contra Superintendencia Nacional de los Registros Públicos Zona Registral N° IX – Lima).

En el mismo sentido puede verse la resolución del 8 de enero de 2007, recaída en el EXP N° 9071-2006-PA, caso Primo Feliciano Tello Rojas contra el Alcalde de la Municipalidad Provincial de San Martín de Porras, en especial su fundamento 3. En este caso, el demandante pretendía “que no se lleve a efecto el desalojo de su lugar de trabajo, sito en la Av. La Cultura Asentamiento Humano *12 de Agosto*, Distrito de San Martín de Porras”, pues alegaba que el mencionado acto constituía “una amenaza de vulneración de sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la igualdad ante la ley y a la tutela procesal efectiva (administrativa)”.

El Tribunal como argumento del rechazo de la demanda, en aplicación del numeral 5.2. del artículo 5 de la Constitución Procesal Constitucional, señaló que la actuación administrativa, basada en la aplicación de una ordenanza municipal y de resoluciones de la gerencia municipal, “puede ser cuestionada mediante el proceso contencioso-administrativo previsto por la Ley N.º 27584, toda vez que dicho procedimiento constituye una *vía procedimental específica* para el cuestionamiento del presunto acto lesivo invocado y, a la vez, es una *vía igualmente satisfactoria*, como el *mecanismo extraordinario* del amparo” (fundamento 4 de la resolución citada).

De lo transcrito, podemos advertir que lo realmente determinante para que el caso sea procedente vía amparo es que exista un requerimiento de urgencia a la tutela jurisdiccional, es decir que el caso amerita una pronta tutela judicial para evitar que la lesión al derecho constitucional, invocado en la demanda, devenga en irreparable. Si asumimos esta postura,

nuestro Tribunal Constitucional se alinea con los criterios em pleados en Costa Rica, Colombia y Argentina, así como los postulados teóricos ya señalados.

No obstante, al evaluar las *ratio decidendi* que motivaron la declaración de improcedencia de algunos casos se evidencia que el argumento para determinar cuando estamos frente a una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la tutela de derechos fundamentales, no estriba en la urgencia de protección que el caso necesite para evitar un posible perjuicio irreparable, sino que el caso planteado en la demanda de amparo requiera la actuación de medios probatorios complejos, es decir si en el caso existe controversia sobre la titularidad del derecho o el acto presuntamente lesivo no está debidamente acreditado, lo que requeriría la actuación de medios probatorios adicionales a los medios probatorios documentales acompañados en la demanda, la demanda debe ser rechazada declarando su improcedencia.

En dicho sentido, tenemos que en el caso Fidelina Medrano Astete y otros contra el Sindicato Único de Trabajadores Municipales de Junín (resolución de fecha 7 de noviembre de 2007, recaída en el EXP N° 09022-2006-PA), los demandados tienen que son trabajadores permanentes de la entidad desde el año 1996, sin embargo el representante del Sindicato alega que no forman parte de la carrera administrativa: “no se ha acreditado la naturaleza del vínculo laboral (nombrados o contratados o locadores) de los recurrentes con la empleadora, requisito indispensable para determinar su afiliación al Sindicato, lo cual se deberá determinar en una vía procedimental específica e igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado, vía que cuenta con etapa probatoria necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos expuestos por ambas partes en la secuela del proceso” (EXP N° 09022-2006-PA, fundamento 3).

En otro caso, mediante demanda de amparo interpuesta por la Comunidad Campesina de Ayamarca contra la Asociación de Pequeños Propietarios de Predios Rústicos del Anexo de Ayamarca, la demandante solicitaba que cesen las amenazas y/o violaciones de las normas que reconocen sus derechos a la libre contratación, de reunión, al trabajo y la propiedad; y, en consecuencia, que la entidad de mandada se abstenga de realizar actos

destinados a impedir que suscriba un convenio de servidumbre minera con la empresa Inversiones Mineras del Sur S.A.

Dicha controversia fue rechazada de plano por cuanto:

“el objeto de la demanda es discutir la titularidad y posesión de terrenos, así como la legitimidad de la Comunidad recurrente para celebrar actos jurídicos con una empresa minera; cuestiones que deben ser dilucidadas en una vía que cuente con una adecuada estación probatoria, como la que brinda el proceso ordinario, que constituye una vía “igualmente satisfactoria”, respecto al “mecanismo extraordinario” del amparo. Consecuentemente, la controversia planteada en la demanda debe ser dilucidada a través del proceso correspondiente en la vía ordinaria” (EXP N° 09874-2006-PA, fundamento 3, resolución de fecha 20 de diciembre de 2007)

Esto evidencia que a pesar de que se ha establecido como doctrina jurisprudencial que la vía ordinaria es igual de satisfactoria que el amparo cuando está en capacidad de brindar una tutela urgente, es decir, capaz de conjurar cualquier riesgo de irreparabilidad de los derechos constitucionales invocados en la demanda, en la práctica se evidencia que esta regla no es tal, sino que se supedita al hecho de que no exista controversia en la titularidad del derecho constitucional invocado o que el acto lesivo esté debidamente acreditado, por lo tanto si existe controversia, tanto en la titularidad del derecho fundamental como del acto lesivo, la vía igualmente satisfactoria será la vía judicial ordinaria por contar ésta con una etapa probatoria, de la que carece el amparo.

Este criterio jurisprudencial podría calificarse como criterio de la “complejidad probatoria”, es decir, sólo cuando la titularidad del derecho sea incuestionable o su agresión resulte tan evidente (o manifiesta, como en el derecho argentino), que no requiera mayor actividad probatoria que la documental acompañada a la demanda, es que el amparo será procedente, ya que el caso no requiere actividad probatoria compleja.

Por lo que, sólo cuando el caso revista una complejidad tal, y a por que existan cuestionamientos en torno a la titularidad del derecho o no exista certeza sobre los hechos

denunciados como acto lesivo, e l proceso ordinario de viene en una vía igualmente satisfactoria que el amparo la protección de los derechos amenazados o vulnerados, en tanto éste cuenta con una herramienta procesal que el amparo no tiene: una etapa que permite la actuación de medios probatorios complejos.

Al respecto, entre nosotros se ha afirmado que lo que hemos denominado el criterio de la “complejidad probatoria”, debiera ser la directriz que permita diferenciar a las vías ordinarias del amparo constitucional. Entonces, si en el caso no existe complejidad probatoria, ya porque la titularidad del derecho es incuestionable y además los hechos que constituyen el acto lesivo están debidamente acreditados, la vía procesal adecuada es el amparo y no el proceso ordinario. En cambio, si la prueba de los hechos alegados en la demanda requiere la actuación de medios probatorios más complejos, la vía procesal adecuada será, sin dudas, el proceso ordinario (Velásquez Meléndez 2012: 74).

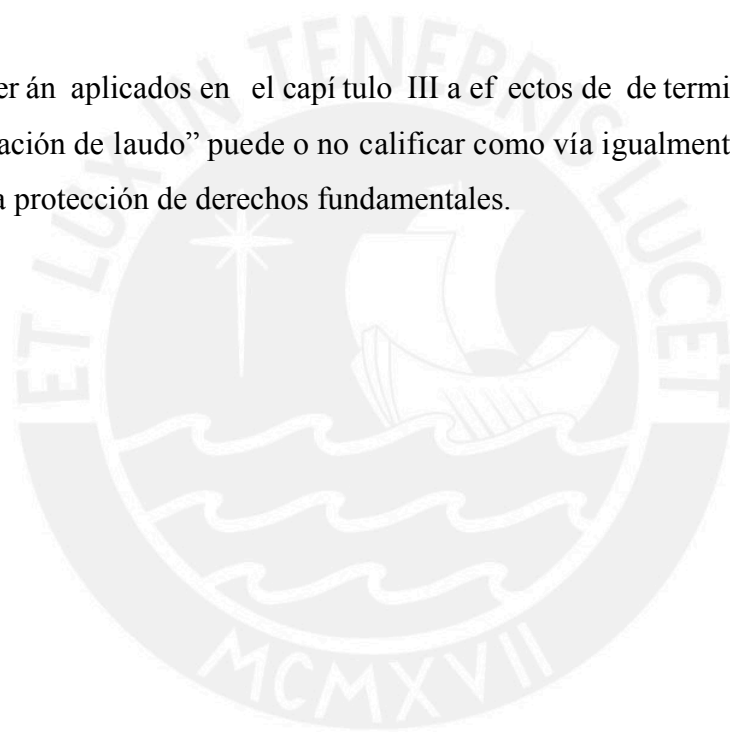
Esta posición, parece venir confirmada por la intensa práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional. En dicho sentido, en el Anexo N° 01 que se acompaña al presente trabajo hemos resumido un total de 65 casos, resueltos en diferentes oportunidades, en los que el Tribunal rechazó –mediante la declaración de improcedencia– las demandas de amparo porque el caso entrañaba una controversia particularmente compleja, ya porque la titularidad del derecho no estaba debidamente acreditada o existían dudas o cuestionamientos en torno la entidad del acto lesivo, indicado en todos ellos que el amparo no resulta ser una vía adecuada para dilucidar tal controversia, porque carece de una etapa probatoria, sino que la vía igualmente satisfactoria era el proceso ordinario, que sí cuenta con dicha posibilidad.

Al respecto, creemos que los criterios reseñados, el de “riesgo de irreparabilidad” y “complejidad probatoria”, no son criterios excluyentes, sino que bien podrían considerarse complementarios; ya que sólo cuando el proceso ordinario esté razonablemente en aptitud de evitar el riesgo de irreparabilidad y además exista complejidad probatoria, podrá ser calificado como una vía procesal igualmente satisfactoria que el amparo para la protección del derecho.

En sentido contrario, si el proceso ordinario no puede conjurar el riesgo de irreparabilidad y, además, no existe complejidad probatoria en el caso, no podrá calificarse como una vía igualmente satisfactoria, con lo que la vía procesal adecuada será, sin lugar a dudas el proceso de amparo.

Entonces, es partir de la conjugación de ambos criterios que deberá analizarse, caso por caso, si un proceso ordinario puede o no ser calificado como una vía procesal igualmente satisfactoria que el proceso de amparo, y por ende determinar su improcedencia.

Estos criterios serán aplicados en el capítulo III a efectos de determinar si el llamado “recurso de anulación de laudo” puede o no calificarse como vía igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de derechos fundamentales.



CAPÍTULO II

EL ARBITRAJE Y SU CONTROL JUDICIAL A TRAVÉS DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

1. Introducción

El arbitraje se ha convertido en los últimos años en un instrumento de resolución de disputas comerciales muy de mandado por los principales agentes económicos del país, inclusive el propio Estado, cuando se despoja de la *iusimperium* y actúa como un agente privado en la vida económica¹¹², lo emplea tanto en sus controversias nacionales como internacionales¹¹³.

Dada esta importancia debe buscarse su encuadre constitucional, por cuanto “[...] el arbitraje no puede desenvolverse al margen de la Constitución y del respeto por los derechos fundamentales de la persona, a riesgo que sea declarado inconstitucional” (Landa Arroyo 2008: 16).

En dicho sentido, por ejemplo en el modelo español la justificación constitucional de l arbitraje ha exigido un esfuerzo mayor habida cuenta que en su texto constitucional de 1978

¹¹² En el numeral 52.1 del artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, según la modificación introducida por la Ley N° 29783, se establece que: “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente”.

¹¹³ EL empleo del Estado peruano en el ámbito del derecho económico internacional ha venido propiciado fundamentalmente por los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, así como por los tratados de libre comercio, que no son sino convenios o tratados internacionales suscritos entre estados mediante los cuales se comprometen a brindar garantías suficientes a las inversiones que provengan de fuentes extranjeras, y que en caso de conflictos entre los inversionistas y el Estado, dichas controversias se ventilarán ante tribunales arbitrales internacionales. A la fecha el Perú cuenta con 35 tratados o convenios de promoción y protección recíproca de inversiones con países como Alemania, Venezuela, EEUU, etc. (Cfr. <http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaSectorHijo.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=3860>, Consulta: 21 de octubre de 2012, donde además puede accederse a los textos de los referidos convenios de protección de inversiones).

no se ha contemplado la institución arbitral de manera expresa, en cambio sí se ha establecido que el Poder Judicial ejerce de manera exclusiva la función jurisdiccional (artículo 117.3 de la Constitución de 1978¹¹⁴). Tal omisión ha sido salvada a partir de dos argumentos compatibilizando el derecho a la libertad que tienen los ciudadanos de elegir la vía para la solución de sus controversias (Gaspar Lera 1998: 43) y entendiendo que el mandato del artículo 117.3 está referido sólo a la prohibición de ser juzgado por órganos ad hoc desviando al particular de los órganos judiciales establecidos por ley, lo que no impide que las partes puedan optar libremente para solucionar sus disputas mediante mecanismos alternativos al judicial reconocidos por el derecho (Roca Martínez 1992: 162).

Dicho problema no existe en nuestro país en la medida que el artículo 139 inciso 1 de nuestra Constitución reconoce al arbitraje como una excepción a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional que desarrolla el Poder Judicial.

No obstante a fin de poder justificar una adecuada relación entre la Constitución y el arbitraje, corresponde realizar una revisión a las diferentes concepciones teóricas que se han establecido sobre la institución arbitral y tomar postura en torno a ellas.

En este trabajo utilizaremos el término “concepción” en lugar de la noción, más empleada, de, “naturaleza jurídica”, en tanto ésta última podría llevar al error de pensar de que sólo puede existir una posición teórica válida en torno a una determinada institución jurídica, cuando en realidad todas las posturas teóricas tienen fundabilidad, dependiendo de factores como el contexto sociocultural, el marco institucional y las preferencias ideológicas, por lo que cada postura sería válida en atención a dichos criterios. Entonces, la opción por una u otra postura no depende en último término de su validez teórica, sino de su aplicabilidad práctica, en relación con el contexto en el que se inserte.

¹¹⁴ Constitución española de 1978, artículo 117.3.- 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.

A propósito de lo señalado, debemos indicar que en nuestro país a partir de las corrientes funcionalistas del derecho, en particular el análisis económico, se ha sido especialmente crítico en torno a los ejercicios académicos que buscan desentrañar las denominadas “naturalezas jurídicas” de las instituciones. De esta manera, se ha objetado la poca utilidad práctica de establecer la “naturaleza jurídica” del arbitraje, en una realidad en donde las instituciones a veces no funcionan (Cantuarias y Aramburú 1994, 41, 48-49). Si bien, podría objetarse la utilidad práctica de este tipo de ejercicios (como podría ser la discusión civilista en torno a la denominación -acto o negocio jurídico- de la categoría teórica que engloba a las manifestaciones de voluntad o acuerdo entre personas), creemos que en el campo arbitral esta resulta no sólo relevante desde un punto de vista académico, sino también práctico (González de Cossío 2011a: 22).

En dicho sentido creemos que en el ámbito arbitral la opción por una determinada posición respecto a lo que el mismo significa determinará no sólo su configuración legal (facultades de las partes, de los árbitros, decisión sobre la sede del arbitraje, reglas de procedimiento, alcances de la revisión judicial, etc.), sino y más importante aún la aplicación que de la misma pueden hacer los diferentes operadores del arbitraje en su práctica cotidiana, así como las relaciones -siempre difíciles- entre el arbitraje y su control judicial, y dentro de ellos su control en sede constitucional.

Como se sabe en la doctrina se ha postulado una serie de tesis o teorías sobre el arbitraje. Sólo para efectos de sustentar el argumento de la importancia de estas discusiones presentaremos de manera simplificada las teorías contractualista y jurisdiccionalista, que hasta cierto punto pueden ser consideradas como antagónicas.

La teoría contractualista sostiene que el arbitraje es un acto estrictamente privado, específicamente un contrato, mediante el cual las partes se vinculan y se obligan a resolver sus controversias fuera del ámbito de la jurisdicción estatal. En virtud de dicho acuerdo, deciden su sometimiento al arbitraje, las materias a resolver, quienes serán los árbitros o su forma de designación, las reglas del procedimiento, el tipo de arbitraje (si es de cidirá conforme a derecho o concidencia), el número de recursos y sus alcances; en tonces la

regulación estatal o no existirá o si existe deberá ser supletoria de la voluntad de las partes, ingresando en la escena arbitral a falta de acuerdo. La exigibilidad de este compromiso contractual reposará en la autonomía de la voluntad de las partes y la fuerza obligatoria de los contratos¹¹⁵

En cambio, si se asume la posición jurisdiccionalista, la regulación ya no será de carácter supletorio, sino imperativo y en caso de duda o conflicto, el acuerdo de las partes perdería su centralidad y sería la figura del juez la que decidiría sobre los aspectos no pactados por las partes o que generen controversia entre ellas, tales como la designación de l(los) árbitro(s), el tipo de arbitraje, las reglas de procedimiento, e inclusive la validez de l convenio arbitral estaría en manos judiciales y en dicha medida la decisión sobre si el mismo es o no vinculante para las partes.

Entonces, al menos en esta materia, la discusión en torno a la naturaleza jurídica de l arbitraje tiene una indudable relevancia práctica, pues como ha señalado Roque Caivano “(...) de la posición que se asuma respecto de su naturaleza jurídica [del arbitraje] se desprenden algunas consecuencias prácticas” (2000: 91).

2. Concepciones sobre el arbitraje

Los autores que se ocupan de las concepciones en torno a l arbitraje han postulado hasta cuatro tesis en torno a l mismo: la postura contractualista, la tesis jurisdiccionalista, la posición mixta o ecléctica y la tesis de la autonomía del arbitraje. Pasaremos a revisar cada una de ellas, sus principales planteamientos para luego tomar postura en torno a ellas.

2.1. Tesis contractualista

Según la tesis contractualista, el arbitraje es un contrato en el que las partes por propia voluntad se someten su controversia a la decisión de un privado, y por lo que el

¹¹⁵ Sobre la fuerza obligatoria de los contratos y sus fundamentos (la autonomía de la voluntad y la buena fe), ver: Soto Coaguila 2003: 519-562.

Estado no tendría nada que hacer, siendo que la fuerza vinculante del laudo derivaría del principio *pacta sunt servanda* (Cantuarias y Aramburú 1994: 43 -44), en España son seguidores de esta postura Guasp (1956), Perales Viscasillas (2005:69), entre otros.

En dicho sentido, los partidarios de esta tesis ponen el acento en el momento en que se daría origen al arbitraje, esto es el contrato o convenio arbitral, puesto que la existencia de este convenio requiere del acuerdo expreso de las partes involucradas en el conflicto, así como la aceptación –posterior de sede luego- de los árbitros para resolver la controversia (Cantuarias y Aramburú 1994: 43).

Uno de los principales defensores de esta tesis es Jaime Guasp, insigne procesalista español, quien entiende que el poder del árbitro para imponer su parecer, contenido en el laudo, proviene de la libertad de las partes en conflicto, entonces la decisión arbitral es obligatoria porque así lo han querido las partes (Guasp 1956: 22).

A partir de la idea precedente, Guasp sostiene que el arbitraje está inserto en el derecho sustantivo antes que en el procesal. De esta manera, a partir de la función que desempeña el arbitraje, se pregunta por su ubicación en la sistemática del derecho privado. Sostiene que a partir de lo hecho que estamos frente a un concierto de voluntades que produce efectos jurídicos, no existe inconveniente en entender al arbitraje como un pacto o contrato (Guasp 1956: 23-24).

Por otro lado, M. Jesús Molina Caballero, describiendo la tesis contractualista, expresa que para la tesis contractualista la necesaria y previa existencia de un convenio arbitral, que como se sabe origina que las partes acepten la resolución de sus controversias por un tercero (el árbitro o tribunal arbitral), es “base suficiente como para entender que el arbitraje no es más que el desarrollo de un contrato de tracto sucesivo, en el que es decisiva la intervención de un tercero” (Molina Caballero 2002: 43).

Faustino Córdoba Moreno señala que la voluntad de los contratantes viene a ser el fundamento y justificación de la arbitraje, pues mediante su expresión, traducida en el

contrato o convenio arbitral, se convierte en su hilo conductor, pues la celebración del convenio significa la aceptación de la decisión de los árbitros. De igual manera, la voluntad expresada en el convenio le otorga al arbitraje su carácter facultativo, convirtiéndose en una alternativa frente al proceso judicial. Asimismo, debe tenerse presente que una vez elegida la opción arbitral, ésta obliga a las partes a cumplir lo estipulado en el convenio, esto es iniciar el arbitraje para solucionar la controversia (lo que se conoce como el efecto positivo del convenio), y de igual manera excluye toda intervención judicial (el llamado efecto negativo), salvo las excepciones legalmente establecidas (Cordón Moreno 2010: 16 y 17).

2.2. Tesis jurisdiccionalista

Los partidarios de la tesis jurisdiccionalista optan por darle al arbitraje un cariz público, ya que sería, a pesar de su origen contractual, expresión de la función jurisdiccional del Estado, el que decide cederla o delegarla en los sujetos privados, pero no renuncia del todo a ella, razón por la cual lo resuelto por el árbitro debe estar sujeto a su control mediante la revisión judicial formal y sustancial de lo resuelto en el laudo arbitral.

Sobre esta tesis Marco Monroy Cabra, en oposición a la tesis contractualista, ha señalado “El arbitraje no tiene nada de contrato, el litigio es resuelto no por acuerdo de las partes sino por decisión del tribunal arbitral. El árbitro no actúa en nombre de las partes sino en nombre de la justicia, con independencia y auctoridad. Los árbitros son jueces transitorios, nombrados por las partes para que en caso de terminado ejerzan jurisdicción” (Monroy Cabra 1982: 9).

A partir de esta tesis se identifica a los árbitros como jueces privados con potestad estatal delegada. De esta manera, se ha manifestado que los árbitros son investidos por el Estado para resolver controversias. Esta potestad de los árbitros no proviene de la voluntad de las partes expresada en el convenio, sino de la permisón del Estado, que al mismo tiempo dota de fuerza obligatoria a los laudos arbitrales como si fueran auténticas resoluciones judiciales. En este entendimiento “[...] el laudo arbitral no es un contrato, ya que es dictado por un juez particular en ejercicio de la jurisdicción [...] no puede afirmarse que el arbitraje

sea solamente un contrato puesto que la decisión final no proviene del acuerdo de las partes, sino de la decisión del tribunal arbitral, el cual resuelve el conflicto con absoluta imparcialidad e independencia” (Cantuarias y Aramburú 1994: 45)

La estrategia de los autores partidarios de la tesis jurisdiccionalista ha sido ir delimitando las características del concepto de jurisdicción y argumentar que las mismas son aplicables sin dificultad al arbitraje.

En dicho sentido, tenemos que M. Jesús Molina Caballero -que abiertamente adopta esta tesis- señala que la jurisdicción tiene como características la imparcialidad e independencia del que juzga y que lo juzgado tiene *autoritas*, es decir fuerza de cosa juzgada sobre lo decidido, siendo a su vez irrevocable, esto es que lo resuelto es firme y no puede ser dejado sin efecto, características que son plenamente aplicables al arbitraje (Molina Caballero 2002: 59-62).

Por su parte, el profesor argentino Roque Caivano (2000: 97-101), partidario de la tesis jurisdiccionalista, sigue esta misma estrategia cuando califica al arbitraje como jurisdicción. El profesor Caivano sustenta su postura en los siguientes argumentos: existen arbitrajes forzosos o impuestos por la ley; la administración de justicia en manos del Estado no necesariamente debe ejercerse de manera monopólica, siendo válido que se les otorgue a los particulares la capacidad de optar por formas alternativas al proceso judicial para la resolución de sus disputas; la naturaleza pública de la función de juzgar no debe implicar hacer distinciones entre quienes la ejercen; tanto la sentencia judicial como el laudo arbitral tienen la misma fuerza ejecutiva reconocida por el Estado; el convenio arbitral, que contiene el concierto de las partes, otorga temporalmente a los árbitros jurisdicción; la función de los árbitros en última instancia se hace por cuenta del Estado, quien los inviste como tales mediante la ley, por lo que el poder de los árbitros proviene del ordenamiento jurídico; el hecho de que los árbitros carezcan de *imperium* no debilita su posición en tanto vienen respaldados por el Estado.

En buena cuenta, Caivano sostiene que: “[...] lo esencial de la jurisdicción radica en la intervención de un tercero ajeno a las partes, equidistante e imparcial, a quien se dota del poder de adjudicar, imponiendo a aquellos una decisión vinculante y obligatoria” (2000: 100), aspectos que se presentan de modo innegable en el arbitraje.

Finalmente, y en lo que se refiere a la postura del profesor Caivano, cabe señalar que éste ha ratificado recientemente su posición. En dicho sentido, el profesor argentino tiene escrito que sostener el carácter jurisdiccional de la función que desempeñan los árbitros significa – en los hechos- equiparar la voluntad de las partes sobre sus derechos disponibles con la propia ley (Caivano2011: 13). En dicho sentido,

“El origen –privado o convencional- de la función jurisdiccional que ejercen los árbitros no constituye argumento suficiente para restarle eficacia a sus decisiones porque, en última instancia, la jurisdicción que éstos tienen está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje. Este respaldo se observa en el reconocimiento de la facultad de los particulares de sustraer determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares y, especialmente, en el otorgamiento al a decisión arbitral del mismo estatus jurídico que a las sentencias judiciales, poniendo a su disposición el aparato estatal de coerción para perseguir su cumplimiento forzoso” (Caivano2011: 15).

El Tribunal Constitucional peruano sigue esta postura teórica y la misma estrategia argumentativa. En ese sentido, para sostener el carácter jurisdiccional del arbitraje, el Tribunal identifica como requisitos de la jurisdicción: el conflicto entre partes, el interés social en la solución del conflicto, la intervención del Estado mediante un tercero imparcial y aplicación de la ley o integración del derecho, señala que

“[...] la influencia de estos cuatro requisitos define la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia [...] 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” (EXP N° 6167-2005-HC, caso Cantuarias Salaverry, fundamentos 8 y 9).

Más adelante señala que:

“[...] la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución. De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51° de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían esdibujar sus contornos constitucionales” (EXP N° 06167-2005-HC, caso Cantuarias Salaverry, fundamento 11)¹¹⁶.

¹¹⁶ Crítica a esta postura del Tribunal Constitucional peruano es Marianella Ledesma (2010: 39-45).

2.3. Tesis mixtas

Los partidarios de la tesis ecléctica (mixta o híbrida) intentan amalgamar las principales ventajas de las tesis contractualistas y jurisdiccionalistas, señalando el carácter mixto del arbitraje: “[...] el arbitraje es una institución sui generis, con naturaleza jurídica propia en la que se mezclan al mismo tiempo rasgos contractuales privados con jurisdiccionales” (Cantuarias y Aramburú 1994: 46). Es decir, en el arbitraje se complementan la naturaleza contractual, por su origen (el convenio arbitral) y la jurisdiccional por la necesidad que tiene la actividad arbitral de la jurisdicción (para la formalización o ejecución de lo laudado) (Merino Merchán 2004: 29 y ss.).

En esta postura es posible identificar hasta tres subtipos de tesis ecléctica: la neogocial-procesal, la institucional y la del equivalente jurisdiccional, todas formuladas en España.

Según la teoría neogocial-procesal, se concibe al arbitraje como un negocio jurídico impropio en el que deben desplegarse las garantías sustantivas, en palabras del autor de esta posición:

“El arbitraje no es ejercicio de jurisdicción ni “común ni “especial” sino desarrollo procesal del principio neogocial de la autonomía de la voluntad que, a ún en el supuesto de su operatividad obligatoria, sigue rehuyendo y extrañando la jurisdicción [...] De ahí que el interés ante todo la procedibilidad negociada del arbitraje [que obviamente no puede ser contractual en la medida en que la procedencia negociada del contractualismo se alija de la procedibilidad exclusivamente negociada del arbitraje] y su perspectiva garantista que hace posible la resolución de controversias que se hallan en el ámbito de la libre disposición de quienes, como personas físicas o jurídicas, les asiste el poder solucionarlas procesalmente cuando, previo convenio arbitral, se obligan a nombrar y aceptar la resolución de uno o varios árbitros” (Lorca Navarrete 2006)

En nuestro país, esta postura teórica es seguida por Carlos Alberto Matheus López (2003: 153-154), quien al definir el convenio arbitral lo entiende como: “[...] un negocio jurídico bilateral que al ejado de l contractualismo permite la resolución procesal de l a

“controversia”. Siendo por ello un negocio jurídico impropio que no origina las consecuencias propias del contrato, sino más bien aquellas impropias de la resolución procesal de la “controversia” que constituye su objeto” (Matheus López 2004: 630)¹¹⁷.

De otro lado, Silvia Gaspar Lera desde España ha postulado una visión institucional del arbitraje, para lo cual sustenta una tesis mixta sobre el mismo. Así define al arbitraje como una institución, de nominándolo “institución arbitral” a lo que entiende como la unión de diferentes tipos de relaciones jurídicas: “[...] en primer lugar, las concretas relaciones entre las partes que acuerdan someterse a uno o varios árbitros. En segundo lugar, las relaciones entre ellas y los árbitros. Y por último, las de unas y otras con la jurisdicción estatal” (1998: 53).

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, la autora reconoce en el arbitraje caracteres contractuales y jurisdiccionales. Al respecto sostiene que: “[...] la institución arbitral, en su origen es un negocio jurídico de derecho privado creado por la voluntad de los particulares; pero en cuanto a su desarrollo ulterior –una vez surgida la controversia–, es evidente que requiere una actividad jurisdiccional conducente a la obtención del laudo correspondiente” (Gaspar Lera 1998: 56). Añade la autora que: “Para reconocer virtualidad al arbitraje como institución, tan necesario es el convenio de las partes por el que se comprometen a resolver de esta forma de terminadas controversias, como el procedimiento ulterior que ha de seguirse para la obtención del laudo correspondiente. El uno sin el otro pierden todo su valor, siendo aspectos independientes, se necesitan mutuamente” (Gaspar Lera 1998: 56, nota al pie 127).

Finalmente, la tesis de la “equivalente jurisdiccional” ha sido formulada por el Tribunal Constitucional español, así puede leerse en el Auto 326/1993 (del 28 de octubre de 1993):

“A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el Arbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de «iuris dictio», pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos

¹¹⁷ Debe señalarse que el autor antes era partidario de la tesis jurisdiccionalista, Cfr. Matheus López 2001: 74.

objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (STC 62/1991, FJ5, y 28/1993, 4 de octubre (RTC 91, 512), FJ 3). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los tribunales civiles”¹¹⁸.

En nuestro país, Marianella Ledesma Narváez se ha mostrado partidaria de la tesis ecléctica¹¹⁹, señalando:

“Es innegable que el arbitraje es una institución regulada por normas sustantivas, pertenecientes al derecho civil, mientras otras están reguladas por normas procesales. Nadie podría negar la naturaleza contractual del convenio arbitral o la del vínculo que une a los árbitros con las partes; pero, junto a ello, concurren también otras normas de naturaleza procesal, como las que regulan la formalización judicial del arbitraje, el control formal del laudo, su ejecución forzosa y la ejecución de las medidas cautelares. Esto nos lleva a reafirmar la teoría mixta o ecléctica, en el sentido que el origen del arbitraje está siempre en la voluntad de las partes, principio de autonomía privada, porque ello fundamenta la constitucionalidad del arbitraje, así como la necesidad de la actividad jurisdiccional para poder lograr la eficacia de este [...] el arbitraje tiene un origen contractual pero una eficacia jurisdiccional, y, la actividad que realizan los árbitros no es jurisdiccional sino es expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, pues no tienen el poder de ejecución y están sujetos al control de la jurisdicción” (Ledesma Narváez 2010: 36-37).

Del mismo parecer son Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze (2006: 10-11) quienes denominan a su postura teoría realista del arbitraje, empero no niegan su inserción en las tesis mixtas:

¹¹⁸ Una crítica a esta postura es la de Lorca Nevarrete (2006), quien señala que la misma es otra forma de presentar la tesis jurisdiccionalista.

¹¹⁹ “Esto nos lleva a reafirmar la teoría mixta o ecléctica pues afirmar el carácter jurisdiccional de la actividad desarrollada por los árbitros y de su decisión, no significa en absoluto negar que en el origen del arbitraje está siempre la voluntad de las partes, principio de autonomía privada, porque ello fundamenta la constitucionalidad del arbitraje” (Ledesma Narváez 2002: 14)

“El arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito *ad hoc* querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de Derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito *ad hoc*. La realización del propósito pone término al carácter contractual y jurisdiccional del arbitraje. Esta posición nuestra se nutre de la tesis conocida como Teoría Intermedia o Sincrética” (Castillo Freyre y Vásquez Kunze 2006: 10).

Abordando a la institución bajo estudio con la administración de justicia como parte de las funciones estatales, señalan que:

“El arbitraje es la manifestación más elemental de la administración de justicia. En el presente estado de la evolución histórica, sólo puede ser concebido como una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal. Se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de Derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva, de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por ellas. Así, la decisión resolutoria de los árbitros o laudo, será de cumplimiento obligatorio para las partes en virtud de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos son ley para las partes. La ejecución de la decisión arbitral, en caso ésta sea necesaria, queda siempre en manos del Estado” (Castillo Freyre y Vásquez Kunze 2006: 11)¹²⁰

2.4. Tesis de la autonomía

Finalmente, la teoría de la autonomía del arbitraje concibe a éste como una institución autónoma y diferente de la función jurisdiccional al cual las partes pueden acudir por propia voluntad para resolver sus controversias.

¹²⁰ Debemos destacar que Ricardo Vásquez Kunze ha defendido individualmente su postura al señalar que: “(...) una teoría realista del arbitraje es aquella que reconoce en éste dos naturalezas: la contractual y la jurisdiccional, dicho sea de paso, tal como lo han reconocido siempre todas nuestras leyes generales de arbitraje” (Vásquez Kunze 2009: 58).

A partir de esta tesis se define el carácter del arbitraje mediante la observación de su uso y finalidad, se observa al arbitraje *per se*, lo que hace, lo que busca lograr, cómo y por qué funciona en la forma en que lo hace (González de Cossío 2011b: 16).

En nuestro país, Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú señalan sobre esta tesis que: “[...] la naturaleza del arbitraje debe ser determinada teniendo en cuenta principalmente su uso y propósito, por lo que encuadrarlo dentro de figuras puramente contractuales o jurisdiccionales es un despropósito. Esta teoría considera al arbitraje como una institución independiente, la cual existe ante la necesidad de crear los espacios necesarios para la solución de los conflictos fuera del aparato jurisdiccional del Estado” (Cantuarias y Aramburú 1994: 47)

Juan José Monroy Palacios también postula esta tesis, a partir de señalar que como tal el arbitraje se erige como una disciplina autónoma, que no niega sus interrelaciones con otras disciplinas, como la civil y la procesal: “El arbitraje no es ni contractual, ni procesal, ni una mezcla de ambos. Es una disciplina autónoma que si bien puede construirse con ayuda de las demás parcelas del derecho, no se identifica con ninguna de ellas. Posee sus propios principios, problemas y especialistas, pero, lejos de aislarse, se integra con las demás ramas del derecho, sin perder su carácter autónomo” (Monroy Palacios 2011).

El profesor mexicano Francisco González de Cossío, siguiendo la tesis de la autonomía, postula lo que él llama la “Idea de Arbitraje” que significa “servir de materia prima jurídica para que las partes puedan moldear y confeccionar un “proceso” como traje a la medida, pero que siendo tan ejecutable como una sentencia que ha seguido la (larga, onerosa, engorrosa) lista de pasos (instancias) que de otra manera tendrían que seguirse para obtener una sentencia que merezca ser llamada “cosa juzgada”” (2011: 24).

La razón de esta postura es que el arbitraje debe “servir de plataforma para que las partes puedan hacerse la mejor justicia, entendida como la más adecuada dadas las necesidades de las partes y peculiaridades del problema atacado” (González de Cossío 2011: 25).

En buena cuenta, el “arbitraje es arbitraje” sin más, siendo posible a firmar, siguiendo a Silvia Barona, que en el arbitraje pueden encontrarse con ponentes con tractuales, jurisdiccionales y procesales, por lo que “el error es insistir en categorizar a la institución incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma” (Barona Vilar 2007: 46).

En esta postura el arbitraje se sujeta a dos grandes líneas que constituyen su carta magna: la igualdad y el debido proceso, el primero que ordena que las partes reciban un mismo tratamiento frente al proceso y que en el mismo se les dé a las partes la oportunidad de exponer su postura ante el árbitro (González de Cossío 2011: 24).

De igual manera, el arbitraje como categoría autónoma se caracterizaría por el elemento de libertad que se refleja en la autonomía de la voluntad, así como en constituirse como una fórmula heterocompositiva de resolución de conflictos (Barona Vilar 2007: 47-48).

2.5. Análisis y toma de posición en torno a las diferentes tesis sobre el arbitraje

De las teorías citadas creemos que la más adecuada para su propio desarrollo es sin lugar a dudas aquella que aboga por su autonomía.

Asumir una visión contractualista o jurisdiccionalista de l arbitraje, en principio implica asumir una visión incompleta de la institución, pues sólo se llama la atención sobre un árbol y no el bosque.

Asumir que el arbitraje es un contrato o que la institución arbitral es contractual, lleva a asumir que puede la categoría arbitral subsumirse en el concepto de contrato. Empero, con acierto se ha señalado que el convenio arbitral, del que se afirma que es un verdadero contrato, no genera relaciones de tipo obligacional, pues en virtud del mismo, ninguna de las partes se obliga en relación con la otra a realizar una determinada prestación (bien o servicio); menos aún esta prestación puede tener como característica su patrimonialidad. Lo que en realidad sucede es que ambas partes se comprometen a resolver una disputa en una

vía diferente a la judicial, no ha realizar algo a favor de la otra, evidentemente esta acción no tiene un contenido patrimonial, lo que no niega que la materia controvertida pueda cuantificarse monetaria o económicamente, pero esto es algo distinto a predicar que la prestación que es objeto de l convenio tenga per se un contenido patrimonial (García Ascencios 2012: 4-7).

De igual manera, creemos que si se asume la posición contractual en torno al arbitraje, sólo se prestará atención a las relaciones jurídicas que se crean vía el convenio arbitral (por el cual las partes se obligan mutuamente a resolver sus disputas en una vía distinta a la judicial: el arbitraje), vía el contrato entre las partes y la institución arbitral (para que administre el arbitraje), entre las partes y los árbitros (para que conduzcan y resuelvan el arbitraje a través de l laudo¹²¹), o entre las partes y el secretario arbitral. Desde esta perspectiva, tienen carácter contractual de los acuerdos de las partes con la institución arbitral, con el árbitro o el celebrado con el secretario arbitral. A partir de este entendimiento, no se prestaría atención al desarrollo del arbitraje *per se*, esto es a las actuaciones desarrolladas entre los árbitros y las partes para arribar a la solución final de la controversia contenida en el laudo. De igual manera, desde la perspectiva contractual, no puede entenderse las funciones de apoyo al arbitraje que tienen los jueces (funciones de apoyo tanto para la actuación de determinadas pruebas, así como el uso de la fuerza pública para hacer ejecutar lo laudado).

Por otro lado, la tesis jurisdiccional del arbitraje tampoco resulta idónea para dar cuenta de la realidad arbitral en su conjunto, pues con la aproximación jurisdiccional se asimila la función que desarrollan los árbitros con la función que realizan los jueces.

A partir de dicha asimilación, se presta especial atención a los rasgos procesales que tiene el arbitraje. Tales rasgos procesales están dados por la actividad, si cabe procedimental, que realizan las partes frente a los árbitros, y la de éstos frente a las partes (disponiendo actuaciones probatorias, resolviendo la controversia mediante el laudo), el efecto del laudo arbitral para las partes y su fuerza obligatoria, entre otros aspectos.

¹²¹ Sobre esta relación jurídica puede verse Puglianini Guerra (2012).

No obstante, desde esta óptica se pierde de vista el origen de la potestad de los árbitros para resolver la controversia: el convenio arbitral. Desde la tesis jurisdiccional, se soslaya el hecho de que sin convenio, o acuerdo entre las partes, los árbitros simplemente no son árbitros.

A partir de otros argumentos se ha sostenido que la jurisdicción es exclusiva del Estado, por lo tanto ésta no puede ser la fuente de legitimación del arbitraje, aunque así lo señale la propia Constitución. Con mayor razón, si el arbitraje carece de algunos elementos que caracterizan a la jurisdicción, como son la posibilidad de utilizar la fuerza pública (coerción) y hacer ejecutar lo decidido (ejecución). Por lo tanto, fundar el arbitraje en una pretendida naturaleza jurisdiccional, de termina e xcluir el hecho de que su fuente de legitimidad es el acuerdo de las partes, en buena cuenta, la autonomía de la voluntad. Como argumento final se añade que la finalidad del arbitraje es distinta a la finalidad que se realiza mediante el ejercicio de la jurisdicción. En dicho sentido, mientras el arbitraje cumple una finalidad privada, pues mediante su empleo se satisface el interés particular de las partes, con el ejercicio de la jurisdicción se cumple una finalidad pública. Lograr la paz social mediante la resolución de los conflictos que surgen entre las personas, finalidad que en buena cuenta interesa al Estado ya la sociedad toda y que trasciende del mero interés individual (García Ascencios 2012: 11-22).

A su turno, con las tesis mixtas o eclécticas se trata de englobar todos los aspectos del arbitraje, tanto sus elementos contractuales como jurisdiccionales, pero se pierde de vista el hecho de que con las mismas se fuerza el empleo de las categorías propias de las teorías precedentes. Así por ejemplo, mediante la tesis del equivalente jurisdiccional, se asimila al arbitraje a la jurisdicción estatal, sin perder de vista su origen privado, pero se pone el acento en las expresiones netamente jurisdiccionales de la institución arbitral. De igual manera, mediante la tesis del negocio jurídico impropio, se utiliza una categoría proveniente del derecho civil, el negocio jurídico, al cual se le añaden consecuencias (los efectos procesales) que exceden los límites propios de la categoría negocial.

Pero si lo que se desea es tener una visión completa del arbitraje, a partir de la tesis de la autonomía, no puede negarse que en su configuración institucional se funden elementos propios del derecho contractual y del derecho procesal, e incluso uno y otro con ciertas matizaciones que conviene dejar a notadas; pues el arbitraje ni es un contrato, ni es un proceso judicial.

De esta manera, el convenio arbitral en estricto no es un contrato, sino algo más general, un acuerdo entre partes, por medio del cual las partes deciden, entre otras cosas, resolver sus controversias fuera de la esfera estatal, así como las personas que lo resolverán, las reglas de procedimiento mediante las cuáles se sus tanciará el arbitraje, e inclusive las reglas que permitirán resolver el fondo de la controversia, entre otros muchos aspectos; de tal manera que el arbitraje sea un mecanismo a la “medida” de las necesidades de las partes y de su controversia.

En esa misma dirección, las categorías procesales pueden o no ser extrapolables, y si lo son deberán ser adecuadas o adaptadas a la controversia a resolver mediante el arbitraje. Así por ejemplo, la categoría procesal de parte, es decir aquel sujeto que participa en el proceso y que por dicha circunstancia se define a partir de la demanda, si bien puede ser aplicable al arbitraje, a veces para serlo deberá ser objeto de algunas necesarias adaptaciones. Ya que, en principio, en dicha categoría no podría comprenderse a los no signatarios del convenio, quienes a pesar de estar vinculados al mismo, no lo suscriben, ya que no participan en su celebración. Como se sabe esto no impide que puedan ser parte de la relación arbitral y por ende les sean oponibles los efectos del laudo arbitral. En estos casos, el concepto de parte deberá ser adaptado, a efectos de que el mismo pueda comprender a terceros no ajenos a la relación material, que subyace a la relación creada por el convenio arbitral.

Entonces, si bien es posible encontrar en el arbitraje elementos de las diferentes teorías que pretenden dar cuenta de su realidad, lo más adecuado es dejar de lado ellas, y postular una tesis que, parafraseando a Silvia Barona Vilar, permita ver al arbitraje como es: “arbitraje”.

Desde esta perspectiva, puede entenderse que el arbitraje tiene un doble fundamento: la voluntad de las partes, en buena cuenta su libertad, que se constituye en su fundamento constitucional, así como su funcionalidad instrumental.

La primera se expresa en el hecho de que las partes, libremente, suscriben un acuerdo, el convenio arbitral, para extraer su disputa del conocimiento de los tribunales estatales, o si se prefiere para evitar la intervención judicial en la resolución de su controversia, a esto se conoce como el efecto negativo del convenio, y es el que justifica la excepción procesal de convenio arbitral (que impide la continuación de un proceso judicial). Por otro lado, mediante el convenio las partes se ven obligadas a resolver su disputa a través del arbitraje, esto es lo que se conoce como efecto positivo del convenio (Cremades 2011: 668-669). También se sostiene que este efecto positivo del convenio arbitral, determina que el mismo sea inevitable para las partes (Santistevan de Noriega 2008: 88-89).

De igual manera, la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral tiene un objeto definido: resolver disputas que se originan con ocasión del desarrollo de la relación contractual, la que es distinta de la relación contractual propiamente dicha. Consecuencia necesaria de este entendimiento, es que se pueda afirmar que el convenio es autónomo o separable del contrato principal en el que se inserta. En efecto, esto pasa por advertir que mientras una relación contractual tiene como objeto la transferencia de bienes (compraventa de inmuebles, arrendamiento financiero, etc.) o la prestación de un determinado servicio (consultorías, proyectos de arquitectura, defensa legal o patrocinio de intereses, etc.), el convenio arbitral no guarda ningún tipo de relación con dicho objeto, sino que es un elemento que garantiza el desarrollo armonioso de la relación contractual, pues mediante ella se posibilita la solución de las controversias que pudieran surgir durante la ejecución del contrato. En este orden de ideas, mediante el principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral se sostiene que los vicios que afecten la vigencia, validez y/o eficacia del contrato principal, no acarrearán la inexistencia, nulidad y/o ineficacia del convenio arbitral (Mantilla Serrano s/f). Decisión última que, en virtud del mismo principio y a la competencia de la competencia, se encomienda a los propios árbitros, quienes podrán decidir sobre la vigencia, validez y/o eficacia del convenio arbitral, que en última instancia

es el instrumento que habilita su competencia para decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento.

Por otro lado, debe atenderse a la funcionalidad instrumental del arbitraje, esto es que el mismo sirve instrumento para lograr un fin: la tutela de situaciones jurídicas subjetivas con un claro contenido económico, mediante la resolución de una disputa sobre derechos de libre disposición. Esta función instrumental se realiza de manera ágil, flexible y confidencial, a diferencia de lo que sucede en un proceso judicial, el que como se sabe está regulado por reglas rígidas que no pueden ser dispuestas por las partes. Por lo tanto, en el arbitraje los mecanismos procedimentales son por definición flexibles y adaptables, ya por la libertad de regulación de las partes o ya por la necesidad de adaptarlos para resolver la controversia.

Igualmente, la funcionalidad instrumental del arbitraje justifica que éste se desarrolle de manera autónoma y sin interferencias judiciales, razón por la cual, tan relevante son las partes que suscriben el convenio, como los árbitros que resolverán la disputa. Por ello, desde la tesis de la autonomía, se busca fortalecer la posición institucional de los árbitros, de esta manera se les otorga la facultad para decidir sobre su propia competencia (principio de competencia de la competencia), que implica a su vez la imposibilidad para los tribunales de justicia de pronunciarse sobre ello (Matheus López s/f, Vásquez Palma 2010: 182).

Entonces, mediante la tesis de la autonomía se puede entender que las partes, en el ámbito de la celebración del convenio arbitral, tengan libertad para poder pactar someterse o no al arbitraje, así como las materias que pueden ser su objeto (arbitrabilidad objetiva), siempre que sean de su libre disposición, conforme al ordenamiento jurídico. De ser el caso, también están bajo decisión de las partes las reglas de procedimiento aplicables. Empero, con la finalidad de lograr realizar la funcionalidad instrumental del arbitraje, una vez iniciado éste, se dota a los árbitros de las suficientes facultades para decidir sobre su propia competencia, asegurando que la disputa pueda ser resuelta en la vía que las partes eligieron, así como

para adaptar las reglas de procedimiento a las necesidades de la controversia, permitiendo un desarrollo más ágil de la institución.

De esta manera, la opción por esta teoría también debería implicar un mayor grado de respeto a lo que se decide mediante el laudo por parte de los jueces, en especial los constitucionales, siempre que no se afecten derechos fundamentales, pues como lo resalta César Landa (2006: 16), los árbitros también se hayan vinculados a la Constitución, en tanto que autonomía no implica ningún tipo de autarquía, ni mucho menos una carta libre para la arbitrariedad.

3. El arbitraje en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Cabe anotar que las relaciones entre la Constitución y arbitraje, más allá de un contingente reconocimiento positivo, se justifican teóricamente a partir de lo que en doctrina se ha denominado como la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos. Por dicho motivo, corresponde que empecemos por analizar dicho fenómeno constitucional, para luego analizar la inserción del arbitraje en la Constitución a partir de los debates constituyentes que dieron origen a las Constituciones de 1979 y 1993. Seguidamente se describirá la concepción que el Tribunal Constitucional ha asumido en torno a la institución a partir de la jurisprudencia que sobre el particular ha expedido, asumiendo una posición crítica al respecto.

3.1. La constitucionalización del arbitraje

Como ya se viera en el capítulo I, el ordenamiento peruano se encuentra inmerso en un proceso de entera constitucionalización del derecho ordinario. Como vimos, dicho proceso supone la afirmación de las siguientes tesis: a) la presencia de una constitución rígida, b) su fuerza vinculante, c) su garantía jurisdiccional, d) sobreinterpretación de los contenidos constitucionales, en especial de sus contenidos sustantivos, e) la interpretación conforme de la ley a la Constitución, f) aplicación directa de las normas constitucionales a casos, y g) su influencia en el discurso político (y social). De igual manera, para que el proceso de

constitucionalización se materialice, son elementos indispensables la rigidez constitucional, la judicialización de la Constitución y la conciencia de su fuerza jurídica vinculante (Guastini 2001: 154-164).

En este punto, cabe resaltar que este proceso de constitucionalización, más o menos avanzando, que supone y tiene como consecuencia el afianzamiento de la normatividad de la Constitución (Castillo Córdova 2006b: 879-896), no puede entender sino es mediante el efecto de irradiación de los derechos fundamentales. Es más, podría afirmarse que la constitucionalización del ordenamiento supone la judicialización de los derechos fundamentales así como de los principios y valores que contiene el texto constitucional.

En esta línea de pensamiento, por ejemplo Luis Prieto Sanchís sostiene que estamos viviendo un constitucionalismo de los derechos, que supone la presencia de una constitución material y garantizada. En este entendimiento, que una constitución sea material, supone que tenga un denso contenido sustantivo o valorativo, representado por los derechos que la norma fundamental reconoce; que no sólo le indica al poder cómo debe organizarse para decidir sino también, a veces, qué es lo que debe decidir. De igual manera, que una constitución esté garantizada, supone que se ha encomendado su defensa a los jueces o, lo que es lo mismo, que existen mecanismos institucionalizados para su defensa y garantía (Prieto Sanchís 2004: 48).

De igual manera, este constitucionalismo de los derechos supone que éstos son normas supremas, efectivamente vinculantes y de aplicación inmediata (Prieto Sanchís 2004: 50), caracterizados por tener un efecto de irradiación, que no sólo impregna las relaciones verticales ciudadano- Estado, sino también las relaciones jurídicas horizontales persona-persona. Es decir, que los derechos se entienden como “exigencias sustanciales para el ejercicio de cualquier derecho (limitación de derechos mediante la solución de conflictos) y para el ejercicio de competencias del Estado. En este sentido, toda actividad privada y pública (incluso la función legislativa) debe ser efectuada acorde a los mismos e incluso debe realizar una obligatoria lectura sistemática de la normativa relevante para el área que van a ejecutar conforme a los derechos fundamentales” (García Yzaguirre 2012).

Precisamente, este efecto de irradiación de los derechos fundamentales justifica la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional según la cual “no existen zonas exentas de control constitucional”, doctrina que inclusive es oponible a la doctrina de las *political questions* (Landa Arroyo 2010b: 4-5). Según esta doctrina, frente a la lesión o a gresión de derechos fundamentales no puede argumentarse válidamente que existen zonas de inmunidad, exentas de control constitucional, aun cuando la propia constitución *prima facie* los haya establecido. Y es que, esta inmunidad sólo puede ser válidamente admitida cuando la actuación cuestionada se haya ejercido en concordancia con los mandatos iusfundamentales.

En esa dirección el Tribunal ha afirmado que a partir de una lectura unitaria de la Constitución y, en particular, de la aplicación integral de las normas que reconocen y garantizan los derechos constitucionales no pueden admitirse “zonas de indefensión” o exentas de control, ya que siempre es posible para una persona emplear los procesos instaurados para la defensa de sus derechos, así como su intervención “tuitiva y contralora”, en última y definitiva instancia (sentencia de I E XP N° 2 409-2002-AA, caso Diodoro Antonio González Ríos, quinto párrafo de fundamento 1.b; en el mismo sentido la sentencia del EXP N° 02633-2003-AA, caso Juan Genaro Espino Espino, fundamento 4).

Por lo expuesto, el Tribunal añade que no puede compartir aquellas tesis que postulan que la validez de un acto estatal no pueda ser objeto de control constitucional, ya que dicha posición supondría asumir que frente a tales actos la Constitución ha perdido su normatividad, siendo incapaz de vincular al poder público, y a su vez la claudicación del propio Tribunal como órgano contralor de constitucionalidad (sentencia del EXP N° 5458-2005-PA, caso Pedro Andrés Lizana Puelles, fundamento 7).

A partir de este marco conceptual es fácil comprender que hoy en día casi ningún aspecto del derecho escapa a la influencia de los derechos fundamentales, e incluso los mismos tienen la condición de normas vinculantes, cuya exigibilidad puede incluso ser impuesta judicialmente.

El arbitraje no ha sido ajeno a dicha influencia, ya que en primer lugar se ha logrado su reconocimiento constitucional mediante su inserción como una jurisdicción de excepción en los dos últimos textos constitucionales, la que como se sabe no ha estado exento de críticas (Kundmüller Caminiti 2008: 423, 2011: 62). Asimismo, a partir del asentamiento del Tribunal Constitucional, se ha producido una rica experiencia jurisprudencial que da testimonio de las difíciles y tensas relaciones entre el arbitraje y su control constitucional mediante el proceso constitucional de amparo.

3.2. El arbitraje en los debates constituyentes de 1979 y 1993

En el debate constitucional de 1979, durante las discusiones de la Comisión Principal de Constitución, se discutió en torno a la conveniencia o no de incluir al arbitraje, dentro del articulado referente al Poder Judicial, como una jurisdicción de excepción en relación con los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Esta discusión constituyente encierra un debate sobre las concepciones contractualista y jurisdiccionalista del arbitraje¹²².

En dicho sentido, en el debate sostiene la concepción contractualista de la arbitraje el constituyente Valle Riestra, férreo opositor al reconocimiento del arbitraje como jurisdicción. En tanto que, del lado jurisdiccionalista se ubican los constituyentes Ramírez del Villar, Aramburú Menchaca y Alayza Grundy.

La reproducción de algunas de las ideas vertidas en el debate resultará ilustrativa. En dicho sentido, tenemos que en la sesión del 07 de febrero de 1979 (21° sesión permanente), el asambleísta Valle Riestra manifestó, al debatirse la inclusión de la arbitraje como jurisdicción de excepción, que:

¹²² La materia arbitral también fue referenciada cuando se discutía el proyecto de lo que finalmente se aprobó como artículo 136 de la Constitución de 1979, referente a la habilitación para que el Estado y las personas jurídicas de derecho público interno pudieran someter las controversias que se deriven de contratos suscritos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los que el Perú es parte. Cfr. Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente s/fa: 288, y s/fb: 286-291. Y en el debate en el Pleno Cfr. Asamblea Constituyente s/f: 313.

“[...] este privilegio para la jurisdicción arbitral, lo suprimiría, porque no estamos hablando de aquello a que voluntariamente las partes, si tienen litigio se someten, nombrando un árbitro para que exista un laudo de derecho. Eso no es jurisdicción permanente, tiene ribetes de jurisdicción voluntaria a la que se someten las partes [...] Por lo pronto, digo, supresión de la alusión a la jurisdicción arbitral, que por ser voluntaria precisamente no forma parte del Poder Judicial” (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente s/fb: 218)¹²³.

Más adelante, y ya habiéndose probado el texto que incorpora al arbitraje como jurisdicción de excepción en el proyecto de Constitución, Valle Riestra solicitó una reconsideración del mismo, posición que fundamentó en los términos siguientes:

“La reconsideración la interpongo contra la parte que dice "con excepción de la jurisdicción arbitral en los casos que la ley no la prohíbe". ¿Por qué, señor? Porque realmente el arbitraje no es de naturaleza jurisdiccional y, acá está el doctor Aramburú quien puede aportar muchas ideas al respecto. No es de naturaleza jurisdiccional, sino naturalmente de naturaleza contractual. Las partes se ponen de acuerdo en materia civil para resolver una controversia, llamando a arbitadores o a personas que resuelven según su leal saber y entender, mientras que la jurisdicción ordinaria es amplia e ilimitada, es una jurisdicción que está excluida en muchos puntos de lo penal, familia, capacidad, et cetera, mientras que la jurisdicción normal son los órganos del Estado los que resuelven, aquí son particulares que muchas veces pueden no ser abogados y hasta ser extranjeros cuando son adjuvados, que son los llamados arbitrajes de equidad y en los que no tienen ni siquiera que ceñirse a las reglas del Código de Procedimientos Civiles” (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente s/fb: 285).

Muy a pesar de lo expuesto por Valle Riestra, la tesis jurisdiccionalista fue la que finalmente prevaleció en el seno de la Comisión de Constitución. Esta tesis se fundamentó en el argumento siguiente: al haberse probado la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y establecerse que no puede existir jurisdicción alguna independiente, se

¹²³Esta postura es respaldada por el Constituyente Chirinos Soto, sin embargo no aporta mayores argumentos a los ya esgrimidos por Valle Riestra.

estaba negando la existencia del arbitraje, con el cual dejaría de existir, además que era necesario su reconocimiento como jurisdicción, pues de esta manera se cauterizaba la ejecutoriedad de los laudos arbitrales.

En palabras del constituyente Ramírez del Villar:

“[...] si la ley no lo reconoce todavía, tiene la taxativa de ser jurisdicción arbitral en los casos en que la ley no lo prohíbe, sino, se establece que también es una forma independiente de jurisdicción. Entonces estaríamos negando la posibilidad de que los fallos arbitrales tengan fuerza. Esta es la razón de la excepción” (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente s/fb: 219).

Considera además el asambleísta Ramírez del Villar que si no se contempla al arbitraje en el texto constitucional, automáticamente quedaría derogado el capítulo del entonces vigente Código de Procedimiento Civiles que regula al juicio arbitral.

El asambleísta Alayza Grundy, siguiendo la postura de Ramírez del Villar, manifiesta que:

“[...] la ejecución de los fallos sólo se puede llevar a cabo si hay una jurisdicción que la ley reconoce. De otra manera que dan convertidos en un acto privado, sin ninguna fuerza ejecutiva, entonces el arbitraje prácticamente ha desaparecido. La razón no es la creación de un fuero de excepción, sino la posibilidad de que por vía privada se convenga los términos de un juicio, pero dentro de los límites que señalan los códigos de procedimientos y sobre todo reconociendo la jurisdicción arbitral como parte de la jurisdicción nacional. Por ello, es que el fallo de un árbitro se lleva luego a un juez y se le pide proceda darle ejecución, de otro modo no habría manera, prácticamente es hacerlo desaparecer” (Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente s/fb: 219).

Por lo que hemos visto, se otorga carácter jurisdiccional al arbitraje por cuanto se pensaba que sin ese reconocimiento dicho mecanismo de resolución de controversias desaparecería. Tal argumento adolece de una debilidad manifiesta, puesto que el arbitraje, como institución autónoma, antes que en la voluntad estatal, tiene su fuente en la autonomía de la

voluntad de las partes de la controversia, quienes en principio no necesitan de dicho reconocimiento. Aún sin el reconocimiento estatal, las partes libremente podrían decidir someter su controversia a la decisión de un tercero ajeno a las mismas, ya que el arbitraje se legitima no en su reconocimiento como jurisdicción de excepción, sino en el reconocimiento constitucional de la autonomía de la voluntad de las partes (Arrarte Arisnabarreta 2008: 1-2). En dicho sentido, se ha llegado a señalar que la solución privada de los conflictos, por sujetos ajenos al mismo, es inclusive anterior a la aparición del Estado y su aparato jurisdiccional, por lo que en sus orígenes el arbitraje es anterior a su reconocimiento estatal (Castillo Freyre 2004: 1-14; Castillo Freyre y Vásquez Kunze 2006:3).

Doce años después, durante los debates constitucionales de 1993, cuando se discutía el texto de lo que ahora es el artículo 139 inciso 1 de la vigente Constitución, nuevamente se abrió el debate sobre la inclusión del arbitraje en las disposiciones que reconocen la unidad y exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. De igual manera, en dicho debate las ideas con tractualistas y jurisdiccionalistas sobre el arbitraje se vieron confrontadas.

En esta oportunidad el único partidario de no incluir al arbitraje dentro de las disposiciones que regulan la función jurisdiccional del Estado, en el capítulo correspondiente al Poder Judicial, fue el constituyente Chirinos Soto. El argumento empleado por Chirinos Soto consistió en negar el carácter jurisdiccional del arbitraje, otorgado por la Constitución de 1979, a partir del hecho de que los árbitros no pueden por sí mismos ejecutar sus laudos, para lo cual si empresa necesita recurrir al Poder Judicial, ya que éste depende en exclusividad la *coercio*, es decir la capacidad de utilizar la fuerza pública para hacer ejecutar lo decidido. Este argumento parte por sostener un concepto de jurisdicción que incluye además de la facultad de decidir (*iurisdictio*), la capacidad de ejecutar lo decidido, utilizando para ello la fuerza pública (*coercio*).

En dicho sentido, el constituyente Chirinos Soto sostuvo que: “[...] no existe la jurisdicción arbitral. Los árbitros no tienen jurisdicción. Fue un exceso de la constitución de 1979 la

llamada jurisdicción arbitral, el árbitro no tiene *coercio*, señor presidente. El árbitro no puede hacer efectivas sus resoluciones, pues terminando su trabajo hay que llevar el laudo arbitral al Poder Judicial, que es el que tiene la jurisdicción, donde el juez común hace cumplir esa decisión arbitral” (Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático 2000: 1435-1436).

Este argumento fue rebatido en un primer momento por el constituyente César Fernández Arce, quien adujo que aunque los árbitros no tienen *coercio*, sí tienen *iurisdictio*, por lo que tendrían jurisdicción (Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático 2000: 1436). Ante esta postura, el contraargumento de Chirinos Soto incidió en que el elemento definitivo de la jurisdicción es la *coercio*, porque sin la misma no existe jurisdicción. Sin embargo, la constituyente Lourdes Flores Nano, señaló que en la medida que los árbitros dictan derecho, ejercen jurisdicción.

En dicho punto, tomando nuevamente la palabra, el congresista Chirinos Soto insistió en la falta de *coercio* de los árbitros, reconociendo que tienen una jurisdicción delegada por las partes en controversia, así manifestó que:

“[...] la *coercio* reside en el juez, no en el árbitro [...] Los árbitros no tienen *coercio*, aunque tengan jurisdicción, y tienen jurisdicción delegada o convenida por las partes. El arbitraje no es sino una forma de transacción. Dos personas que tienen un conflicto y que no pueden entenderse por ellas mismas, transigen en el sentido de acudir a una tercera persona, quien, por delegación de ellas, expide un laudo arbitral que las obliga. Esto es una transacción. Se trata de una jurisdicción convenida por las partes, establecida por los ciudadanos particulares. Reconozcamos el procedimiento arbitral, pero no le demos carácter de jurisdicción, sobre todo porque no lo tiene; en ningún momento de derecho el señor Fernández Arce, ni nadie, va a en contra que los árbitros tienen *iurisdictio* o *coercio*. Es cierto que tienen la *iurisdictio* que las partes le delegan” (Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático 2000: 1436).

Esta postura fue rebatida por Lourdes Flores Nano, quien argumentó que para incluir a la jurisdicción arbitral como excepción a la jurisdicción estatal, ejercida por los jueces, debía

entenderse a la jurisdicción como la capacidad de dictar derecho y resolver controversias, entonces la capacidad de los árbitros de dictar derecho y resolver una controversia justificaría su inclusión en el texto constitucional como jurisdicción de excepción a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial. En sus palabras:

“Creo que el tema en debate es el reconocimiento a la capacidad de un árbitro de dictar derecho, de resolver una controversia, que constituye, en efecto, una excepción al régimen general de la jurisdicción ordinaria. En esa medida, afirmar que hay una excepción jurisdiccional, entendida la expresión como la capacidad de resolver una controversia y de dictar derecho, me parece acertada [...] pienso que la expresión constitucional es correcta. Hay jurisdicción en el sentido de que hay capacidad de dictar derecho, hay capacidad de resolver controversias por una fuente de poder diferente de la que señala ordinariamente la Constitución como regla” (Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático 2000: 1437).

Estas ideas fueron rebatidas, más no vencidas, una vez más por el congresista Chirinos Soto, que manifestó que no negaba la capacidad de los árbitros de dictar derecho y resolver disputas, pero se reafirmaba en sostener que tal capacidad no es estatal sino que proviene de la voluntad de las partes, y

“[...] aún con esta delegación, no tiene *coercio*, es decir es un muñón, es un conato de jurisdicción, porque para la *coercio*, para ejecutar la sentencia del árbitro, tengo que ir al juez común, ¿Qué jurisdicción es esa? [...] Si la sentencia arbitral no es automáticamente ejecutable y la otra parte se resiste a ejecutarla, voy al juez con el laudo arbitral y le digo: “Señor, ejecute esa sentencia”. Entonces, es el juez el que la hace ejecutar, es el juez el que dispone que intervenga la fuerza pública. No sé cómo la doctora Flores Nano puede decir que el árbitro ejerce el derecho de hecho” (Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático 2000: 1437).

Esta invitación al debate tuvo rápida respuesta, pues la congresista Flores Nano manifestó:

“Disculpe, doctor Chirinos Soto, pero lo que está consagrándose constitucionalmente es la capacidad de resolución de una situación conflictiva. La regla es que sólo la puede ejercer

quien es juez, porque goza de una potestad constitucional y de un poder constitucional para dictar derecho y ejecutar sus fallos, que es una consecuencia. Pero esta regla sufre dos excepciones [una de ellas la jurisdicción militar] [...] adicionalmente, también se reconoce otra fuente de poder para resolver controversias, que es a través de los árbitros. En ese sentido, en mi concepto, sí hay función jurisdiccional. Se dicta derecho y se resuelven controversias porque la fuente del poder, que es la Constitución, le otorga este ámbito paralelo” (Comisión de Constitución y Reglamento de l Congreso Constituyente Democrático 2000: 1437-1438).

Luego de estos intercambios de ideas, el texto fue sometido al voto, a probándose por mayoría.

De lo narrado hasta aquí, en relación con la constitucionalización del arbitraje en las normas supremas de 1979 y 1993, se puede concluir que:

- a) La inclusión del arbitraje en el texto constitucional de 1979 obedeció a la idea de que la no inclusión o no reconocimiento del arbitraje como jurisdicción, acarrearía la inevitable desaparición de la institución, además de imposibilitar la ejecución de los laudos arbitrales.
- b) Por otro lado, el arbitraje se mantuvo en el documento constitucional de 1993, como una excepción a la jurisdicción estatal, porque se consideró que dicho reconocimiento se estaba brindando una suerte de delegación constitucional a sujetos privados -los árbitros- para resolver conflictos, en tanto los árbitros, al igual que los jueces, pueden decir el derecho y solucionar conflictos o, en una sola idea, resolver controversias aplicando el derecho vigente.

El reconocimiento de la arbitraje como jurisdicción de excepción en los debates constitucionales, tiene como consecuencia que dicho entendimiento se haya trasladado a la doctrina jurisprudencial de nuestro supremo intérprete de la Constitución. En efecto, conforme se verá en el siguiente acápite, esta concepción constituyente del arbitraje ha tenido su eco en la forma en que el Tribunal Constitucional ha entendido el control

constitucional que sobre el mismo se ejerce, entendimiento que se ha mantenido por más de 10 años, habiéndose reemplazado el mismo a partir del precedente del caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia, EXP N° 00142-2011-AA, que creemos hace suya la concepción autónoma del arbitraje.

3.3. El arbitraje y su control constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Como ya se advirtió nuestra Constitución ha optado por incluir al arbitraje como un supuesto de excepción a la función jurisdiccional desarrollada por el Poder Judicial, esto ha llevado a que nuestro Tribunal Constitucional opte decididamente por la tesis jurisdiccional del arbitraje.

En dicho sentido, el primer caso de amparo contra laudo arbitral que llegó a conocimiento del Tribunal fue Pesquera Rogda SA (con sentencia de fecha 26 de octubre de 1999). En dicha sentencia, el Tribunal no elaboró ni ningún tipo de argumentación en torno a cómo entendía a la institución arbitral, ni tampoco tomó postura, explícita al menos sobre las diversas tesis conceptuales que existen en torno al arbitraje. Empero, sí entendió que así como en determinados supuestos se admite el control constitucional de las resoluciones judiciales y de la fuerza militar, no existe razón para negar la admisión del control constitucional sobre los laudos arbitrales. Entonces, si bien no estamos frente a un reconocimiento expreso del carácter jurisdiccional del arbitraje, estamos –eso sí– frente a una adopción implícita de tal postura teórica. De esta manera, el Tribunal en dicha oportunidad señaló que:

“es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la *ratio decidendi* de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos

legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral” (EXP N° 00183-99-AA, caso Pesquera Rogda SA, fundamento 3).

De igual manera, se estableció la aplicación analógica de los criterios, vigentes a dicho momento, sobre la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales. Es decir, solo cabía interponer un proceso de amparo contra lo resuelto en un laudo arbitral cuando el procedimiento arbitral sea irregular. Es decir, sólo si se ha lesionado algún derecho constitucional de carácter procesal dentro del arbitraje, será admisible su control constitucional vía amparo:

“Bajo dicho contexto, ‘procedimiento regular’ –ya lo ha dicho este Tribunal– es aquél en el que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es ‘procedimiento irregular’ aquél en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional. De manera que frente al primer caso y por referencia explícita a los laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares” (EXP N° 00183-99-AA, caso Pesquera Rogda, fundamento 4).

Entonces, el Tribunal trasladó la tesis permisiva moderada del control constitucional de resoluciones judiciales (Sáenz Dávalos 2004: 741-742; Abad Yupanqui 2008: 335 y s. s.) al control constitucional de los laudos arbitrales.

Luego, en el año 2006, en el caso Fernando Cantuarias el Supremo intérprete de la Constitución ofrece una concepción más integral en torno al arbitraje y su control constitucional vía el proceso de amparo.

En relación con el primer aspecto, el Tribunal recuerda su doctrina jurisprudencial sobre los elementos que implican el ejercicio de la jurisdicción: conflicto entre partes; relevancia social en su solución; intervención del Estado, mediante los órganos judiciales, como tercero imparcial; y la aplicación o integración del derecho al resolver la controversia. A partir de estos elementos, presentes en el ejercicio de la jurisdicción estatal, concluye que los mismos se presentan cuando los árbitros resuelven una controversia por delegación de las partes. Entonces, sostiene el alto tribunal, la jurisdicción arbitral supone un ejercicio de la potestad estatal de administrar justicia. Consecuencia necesaria de la premisa anterior, es que los árbitros también se encuentran sometidos y vinculados a las reglas y principios constitucionales, según la interpretación contenida en las resoluciones del Tribunal Constitucional (EXP N°6167-2005-HC, caso Cantuarias Salaverry, fundamento 8).

Esto conlleva la extrapolación del principio de no interferencia al ámbito arbitral. Como se sabe, el principio de no interferencia, propio de la actividad judicial, es una concretización del principio de independencia judicial, que garantiza que ninguna autoridad administrativa o jurisdiccional puede interferir con el desarrollo de un proceso judicial.

En el ámbito arbitral, este principio garantiza a los árbitros “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” (EXP N° 6167 -2005-PHC, caso Cantuarias Salaverry, fundamento 14).

En relación con el control judicial del arbitraje, el Supremo constitucional sigue sosteniendo la aplicación de las reglas previstas para el control constitucional de las resoluciones judiciales. Esto exige, para la procedencia del control constitucional vía amparo, que no niega, el que el laudo arbitral tenga la condición de ser un acto firme, es decir, que contra él no quepa la posibilidad de ejecutar, en la vía arbitral o judicial ordinaria, algún recurso ordinario (como los recursos de apelación o nulación) o extraordinario (como la casación). Es decir, que la procedencia del amparo contra laudo

arbitral se somete al principio de definitividad, es decir, la exigencia del agotamiento de las vías previas judiciales.

Esta posición se sustenta en el dato normativo proveído por la Constitución, que reconoce al arbitraje como jurisdicción de excepción, así como los principios de no interferencia e independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, que *mutatis mutandi* resultan plenamente aplicables al ejercicio de la función arbitral.

Por ende, el control judicial ordinario siempre es de carácter posterior, esto es procede una vez que ha culminado el arbitraje. Luego de haberse agotado los mecanismos judiciales previstos para ello, procede el control constitucional vía el proceso constitucional de amparo. En palabras del Tribunal Constitucional:

“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 versa 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” (EXP N° 6167 -2005-PHC, caso Cantuarias Salaverry, fundamento 14).

Sin embargo, a partir de la expedición del precedente del caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia (EXP N° 142 -2011-PA), corresponderá evaluar si dicha posición, respecto del carácter jurisdiccional del arbitraje, así como el control constitucional que sobre la institución arbitral se ejerce, se mantiene o ha sido modificada.

En el caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia SRL, el Tribunal Constitucional ha ratificado su doctrina jurisprudencial que entiende al arbitraje como una

jurisdicción de excepción, empero su comprensión del control constitucional que se ejerce sobre el mismo ha variado sustancialmente.

De esta manera, en la sentencia citada se reproduce la doctrina jurisprudencial expresada en la sentencia del caso Cantuarias Salaverry. En dicho sentido, se vuelve a reconocer que el arbitraje no desplaza a la jurisdicción estatal, sino que la complementa, en tanto mecanismo para solucionar disputas vinculadas a derechos de libre disposición; igualmente se reconoce su absoluta independencia para resolver las cuestiones que sean sometidas a conocimiento de los árbitros, por lo que se ratifica la aplicación del principio de no interferencia (sentencia del EXP N° 142-2011-PA, fundamento 11).

Al mismo tiempo, se reitera que la especial naturaleza del arbitraje, en tanto integra la autonomía de la voluntad de las partes con el principio de independencia de la función jurisdiccional, no significa en modo alguno su desvinculación del esquema constitucional, al contrario se ratifica su plena vinculación con el plexo de derechos y principios contenidos en la carta constitucional, así como con las garantías que conforman el debido proceso (sentencia del EXP N° 142-2011-PA, fundamento 12).

Ahora bien, en lo que respecta al control judicial del arbitraje, sostiene el Tribunal que a pesar de que el Código Procesal Constitucional ha introducido un cambio importante en materia de procedencia del proceso de amparo, optando ahora por un modelo de amparo subsidiario, esto no se ha visto reflejado en el régimen de procedencia del amparo contra laudos arbitrales (sentencia del EXP N° 142-2011-PA, fundamentos 15 y 16).

En dicho sentido, el Tribunal entiende que el recurso de anulación de laudo arbitral no es una etapa más del proceso arbitral, sino que por su finalidad –ser un mecanismo de control posterior del arbitraje– como por su configuración como alternativa judicial, se constituye como una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando se trata de la protección de derechos constitucionales; puesto que vía el recurso de anulación se puede lograr revertir los efectos del laudo, lo que lo

configura como una vía igualmente satisfactoria que el amparo (sentencia del EXP N° 142-2011-PA, fundamentos 17 y 18).

A partir de dicho entendimiento, postula una serie de reglas positivas y negativas en torno a la procedencia del amparo arbitral. En esa dirección, se establece que el amparo sólo será procedente cuando en el laudo se vulnerado de manera frontal los precedentes del Tribunal Constitucional; cuando se ha ejercido control de fusión, aplicando normas de claridad constitucionales por el propio Tribunal o el Poder Judicial; y cuando quien en el amparo sea un tercero totalmente ajeno al arbitraje, excluyendo de tal condición a las partes no signatarias.

En sentido negativo, se establece que el amparo no procederá cuando se invoque la afectación de los derechos constitucionales que forman parte del debido proceso o la tutela jurisdiccional, la falta de convenio arbitral o cuando se cuestione que los árbitros han decidido sobre materia no arbitrable, en todos estos casos la vía igualmente satisfactoria será el recurso de anulación. Si se acude al amparo, el mismo no suspende los plazos que puedan haberse iniciado para recurrir la actuación arbitral o el laudo en anulación.

Si bien en la sentencia citada pueden advertirse grandes omisiones argumentativas, ya que no se justifica por qué razones las causales de procedencia e improcedencia del amparo arbitral son las que se establecen y no otras; no puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que en estos supuestos estamos frente a una primacía de la dimensión objetiva del amparo (ya que se busca proteger el respeto al precedente y a las sentencias del Tribunal y del Poder Judicial que se pronuncien sobre la constitucionalidad de normas), en desmedro de su dimensión subjetiva, puesto que la tutela de los derechos subjetivos constitucionales sólo se permite a favor de quien, resultando afectado por el arbitraje o el laudo arbitral, es totalmente ajeno al mismo.

3.4. Posición en torno a la constitucionalización del arbitraje

La constitucionalización del arbitraje puede ser entendida desde dos perspectivas: una formal y otra sustantiva. La constitucionalización formal pasa por la valoración –positiva o negativa– en torno a su incorporación al texto de la Constitución. En cambio, la constitucionalización sustantiva exige una valoración en torno a su adecuada ubicación dentro de las diferentes instituciones constitucionales.

En dicho sentido, estamos a favor de la incorporación formal del arbitraje al texto de la Constitución, empero desde una perspectiva sustantiva consideramos que su ubicación, como excepción a la jurisdicción estatal, no es acertada. Esto por cuanto el arbitraje, desde su origen, no nació como ejercicio del poder jurisdiccional del Estado, sino como expresión de la autonomía de las personas (Kundmüller Caminiti 2008: 413-415) o, si se quiere en términos coloquiales, proviene de un orden espontáneo (Bullard González 2008b: 364).

Ahora bien, el hecho de que el arbitraje no sea expresión de la jurisdicción estatal, y que por ende *prima facie* no sean trasladables las garantías constitucionales propias de la jurisdicción, no impide reconocer –incluso desde una perspectiva constitucional– el desarrollo de sus propios principios, dentro del marco de la tesis que postula su autonomía.

Desde esta perspectiva, no se puede confundir al arbitraje con un juicio (Bullard González 2008a: 154-153) y trasladar automáticamente las instituciones y la regulación propia del Código Procesal Civil (Rubio Guerrero 2007: 10-11, Pérez-Rosas Pons 2008: 77-91, Kundmüller Caminiti 2011: 60); no al menos sin las necesarias adaptaciones o reformulaciones que requiere la controversia para resolverse de la manera más eficiente posible o según lo expresado por las partes al acordar el convenio arbitral.

Como se viera, la tesis de la autonomía del arbitraje, postula que éste no se entienda a partir de las instituciones del derecho contractual ni del derecho procesal; si no de su propio desarrollo y principios (Rubio Guerrero 2007: 12-25).

De esta manera, se entiende que las partes son autónomas, es decir tienen libertad, para elegir acudir o no al arbitraje, vía el convenio arbitral. Esta elección tiene importantes consecuencias, pues por un lado las partes no podrán desvincularse de su obligación de acudir al arbitraje para resolver la controversia, y de igual manera, cancelará toda opción de acudir al proceso judicial.

En la misma forma, deberán elegir el tipo de arbitraje (institucional o ad hoc), la composición del tribunal arbitral o al árbitro que resolverá el problema. En la misma forma, deberán decidir las reglas de procedimiento del arbitraje, las que podrán inclusive ser modificadas o adaptadas a lo largo del procedimiento. También podrán elegir las reglas –si el arbitraje no es de conciencia– que permitirán a los árbitros resolver el fondo de la controversia.

La autonomía del arbitraje también se expresa en las facultades que tienen los árbitros; pues estos sin interferencias de ningún tipo podrán decidir sobre su propia competencia, cuando existan cuestionamientos sobre la validez del convenio arbitral (Rubio Guerrero 2010: 101), que a su vez es el instrumento que los habilita para conocer y resolver la controversia.

Asimismo, los árbitros podrán adaptar las reglas de procedimiento, libremente pactadas o establecidas por las partes, ya que “las normas de procedimiento [del arbitraje] no tienen la misma rigidez formal que las de los procesos que se tramitan en la jurisdicción ordinaria [...]” (Vidal Ramírez: 2008: 157), o frente al no acuerdo de las partes, podrán establecer aquellas que coadyuven al mejor desarrollo del arbitraje.

Finalmente, con absoluta autonomía podrán interpretar las reglas –que por acuerdo de las partes– rigen para resolver las pretensiones de fondo

A partir de la tesis de la autonomía del arbitraje se pueden reconocer una serie de garantías procesales y sus tintas que permiten el adecuado funcionamiento del arbitraje. En esa dirección, principios como el de separabilidad o autonomía del convenio arbitral, *competence-competence*, libre configuración del procedimiento, instancia única o control

judicial limitado; permiten un desarrollo funcional del arbitraje en concordancia con su finalidad instrumental: servir de medio para la resolución de controversias sobre materias que son de libre disponibilidad de las partes de un conflicto.

En consecuencia, estamos a favor de la inserción del arbitraje en el texto constitucional, pero no a favor de su reconocimiento constitucional como una jurisdicción de excepción. Creemos que un entendimiento del arbitraje a partir de la tesis de su autonomía, encuentra fundamento en el derecho a la libertad que tiene toda persona (artículo 2 numeral 24 literal a) de la Constitución), así como en su reconocimiento como mecanismo de solución de controversias (artículo 62 de la Constitución). En la medida que el primer derecho fundamental sirve de sustento a la autonomía con que las partes deciden someter a arbitraje sus controversias, y el segundo reconoce su finalidad instrumental, esto es, ser un instrumento para la solución de controversias que involucran derechos disponibles de las partes en disputa, o en un lenguaje jurídico más formalizado, ser un instrumento para la protección de las situaciones jurídicas subjetivas.

4. El arbitraje en la Ley General de Arbitraje y en el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje: un análisis comparativo

Nuestro país tiene una de las legislaciones más modernas en materia de arbitraje: el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante DLA)¹²⁴. Sin embargo, llegar hasta a ella ha supuesto una evolución legislativa y de concepción en torno a la institución arbitral.

En dicho sentido, si echamos una mirada a los antecedentes de la Ley N° 26752, Ley General de Arbitraje (en adelante LGA), podemos observar que hemos transitado desde una concepción contractualista del arbitraje hacia la tesis de la autonomía de la misma, postura acentuada con la dación y puesta en vigor de DLA. Durante este tránsito, nuestra legislación ha sido impactada por la concepción jurisdiccionalista del arbitraje, concepción

¹²⁴ Citar Soto Coaguila (2009: 605), Cantuarias Salaverry y Caivano (2008: 43-84), Caivano (2011: 156), Mantilla-Serrano (2011: 37).

hoy muy arraigada en el ámbito de las relaciones entre el proceso de amparo y el control que se desarrolló sobre el arbitraje, cuando con ocasión de éste se lesionan o amenazan derechos constitucionales.

La regulación del arbitraje en el Perú como un contrato se presenta en el Código Civil de 1984, en el Libro VII: Fuente de las Obligaciones, en cuyos artículos 1906 y 1922 se regularon la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

Según dicha regulación, propias de un contrato privado, por la cláusula compromisoria las partes podían obligarse mediante un pacto principal o cláusula accesoria a celebrar en el futuro un compromiso arbitral, siendo obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje.

También se establecía que sus críticos a la cláusula compromisoria los otros órganos estaban obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el compromiso arbitral pueda tener efecto, en particular la designación de los árbitros y la determinación del asunto controvertido.

Finalmente, si las partes no han formalizado la cláusula compromisoria o no lo hiciera el juez a pedido de alguna de las partes la cláusula compromisoria quedaba sin efecto.

En lo que respecta al compromiso arbitral se señala que mediante dicho contrato: "(...) dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente".

Se establecía que el compromiso debía celebrarse por escrito bajo sanción de nulidad. En caso hubiera proceso en trámite, y las partes decidiesen someter el litigio a arbitraje, el compromiso debía formalizarse mediante escrito ante el juez con firmas certificadas por el secretario judicial.

El Código también establecía el contenido del compromiso arbitral: la identificación de las partes y de los árbitros, la materia arbitrable (la controversia con expresión de sus circunstancias), el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo y el lugar o sede del arbitraje.

También se establecía una lista de materias no susceptibles de arbitraje. Así se excluía del compromiso arbitral las siguientes materias: el estado y capacidad civil de las personas, las referentes al Estado o sus bienes¹²⁵, cuestiones relativas a la moral y las buenas costumbres.

Se facultaba a las partes a estipular sanciones para la parte que no cumplía los actos para la ejecución del compromiso arbitral. Asimismo, se establecía que el compromiso podía tener efectos pro cesales, al permitirse su invocación como excepción dentro de procesos iniciados. Se establecía como regla, a falta de acuerdo, que el arbitraje debía ser de derecho. En estos casos los árbitros necesariamente debían ser abogados.

También se regulaba las causales de recusación de los árbitros, remitiendo para ello a las causales de recusación de los jueces.

Una vez perfeccionado el compromiso entre las partes, éstas debían buscar el consentimiento de los árbitros, de su aceptación o negativa se dejaba constancia en acta.

Se estableció como causales de extinción del compromiso el que las partes así lo decidieran por el vencimiento del plazo señalado por las partes. En cuanto a las reglas de procedimiento, se remitía a la regulación establecida en el entonces vigente Código de Procedimientos Civiles de 1912.

¹²⁵ A pesar de prohibirse el arbitraje sobre bienes del Estado, se habilitaba el arbitraje vía resolución suprema si la controversia recaída en bienes de empresas estatales públicas, de derecho privado o economía mixta, o en diferencias surgidas de la ejecución de contratos suscritos por empresas estatales públicas, de derecho privado o economía mixta, con conocimiento de la Contraloría General de la República (artículo 1913 inciso 2 del Código Civil).

Teniendo en cuenta estos antecedentes se ha advertido que la misma ha obediendo a distintas concepciones que, en su momento, lograron obstaculizar antes que facilitar el desarrollo del arbitraje en nuestro país. En dicho sentido, certeramente se ha manifestado que:

“el Código de Procedimientos [Civiles] de 1912 abordaba el tema [arbitral] en forma procesal, con excesivas atribuciones a favor de los Jueces en la configuración del arbitraje. Por su parte, la Constitución Política del Estado del año 1979 reguló por primera vez en el Derecho Nacional y probablemente en el Derecho Comparado, la figura del arbitraje como Jurisdicción Independiente. Finalmente, como se sabe. El Código Civil del año 1984 regulaba la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, reproduciendo así la doctrina francesa a partir de la teoría contractualista del arbitraje. Esa falta de armonía de los cuerpos normativos citados, así como la carencia de una tradición arbitral desarrollada sostenidamente en el ámbito local, constituyeron durante muchos años serias limitaciones para la práctica arbitral peruana” (Kundmüller Caminiti 2008: 412, nota al pie 12).

Esta dispersa e inconexa regulación fue superada con la expedición del Decreto Ley N° 25935, Ley General de Arbitraje, promulgada el 9 de diciembre de 1992, innovadora y de avanzada para la época en nuestro ordenamiento jurídico.

Dicha norma superó la dicotomía de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, reemplazándola por el convenio arbitral, es decir, que a partir de dicha norma el arbitraje para nacer ya no requería de dos contratos, sino bastaba uno solo: el convenio arbitral, esto es el acuerdo por el que las partes “[...] someten al conocimiento y decisión de uno o más árbitros, la solución de las controversias que en el futuro puedan surgir entre ellas como consecuencia de un contrato o de otras relaciones jurídicas identificadas, o las controversias ya existentes y determinadas, sean o no materia de un proceso” (artículo 4).

Asimismo se reguló la formalidad (bajo sanción de nulidad) y el contenido del convenio arbitral (artículos 5 y 10), se autorizó al Estado a someter sus controversias a arbitraje (artículo 1), se establecieron las materias que no son arbitrables (artículo 2), se previó que el convenio arbitral contemplara sanciones para la parte que se resistiera a cumplir los actos

indispensables para que surtiera sus efectos (artículo 4), se introdujo el arbitraje de derecho como regla, en detrimento del de conciencia (artículo 3); de igual modo, se introdujeron los arbitrajes estatutario (artículo 6), testamentario (7) e internacional (artículos 81-109) y se establecieron reglas de procedimiento a falta de acuerdo de las partes (artículo 28).

En esta primera ley de arbitraje, se advierte una impronta judicialista, ya que el órgano judicial es llamado en diversas ocasiones: en la integración o formalización judicial del convenio arbitral (artículos 13, 14 y 15), en la designación de árbitros a falta de acuerdo de partes (artículo 18), en el control de la recusación (artículo 25) y también cuando se solicita el control de lo resuelto por los árbitros mediante el recurso de apelación, siempre que las partes lo hayan pactado, y que puede ser interpuesto ante una segunda instancia arbitral o judicial (artículo 54), así como un control sobre la validez del laudo vía el recurso de anulación, de exclusiva competencia judicial (artículo 55). También puede el órgano judicial en el control como segunda instancia de las medidas cautelares concedidas por los árbitros (artículo 75), asimismo se aprecia el auxilio que brinda el órgano judicial para la ejecución de dichas medidas, así como para la ejecución del laudo arbitral (artículo 77).

En la regulación del arbitraje internacional, en donde se observa una clara influencia de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (de 1985)¹²⁶, se evidencia una intervención judicial menor que en el arbitraje nacional contemplándose la intervención judicial en la falta de acuerdo en el nombramiento de los árbitros (artículo 93), en el control judicial posterior vía recurso de anulación (artículo 106), así como para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (artículos 108 y 109).

A pesar de los notables avances del Decreto Ley N° 25935, no tardó en mostrar falencias que ameritaron su sustitución en 1996 por la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje. Esta

¹²⁶ El texto de la Ley Modelo de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas introducidas el 2006, puede verse en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf>. La versión original de 1985 puede verse en: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>>. Consulta: 24 de setiembre de 2012.

norma que estuvo vigente durante un marco institucional amigable para el arbitraje, así se ha llegado a hablar de que el mismo experimentó un boom dado su uso en diferentes disputas comerciales.

Sin embargo, luego de 10 años de experiencia, se necesitaba un nuevo marco legal, impulsado sobre todo por el aumento de la suscripción de diferentes tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y tratados de libre comercio por parte del Perú. Indudablemente estos instrumentos ameritan instrumentos de resolución de disputas que se adecúen de manera flexible y ágil a la rapidez con que los negocios se realizan. Así, aprovechando las facultades delegadas por el Congreso de la República, para la implementación de los compromisos asumidos por el Perú en el marco del tratado de libre comercio suscrito con Estados Unidos, es que se promulga el Decreto Legislativo N° 1071 Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, norma como ya se dijo de avanzada.

Esta norma se ha nutrido de las importantes reformas introducidas a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI de 2006, así como de la Ley Española de Arbitraje del 2003 (Ley N° 60/2003), en otras fuentes (las leyes alemana, suiza, entre otras), pero sobre todo se ha nutrido de la práctica arbitral vivida en el país durante la vigencia de la Ley N° 26572.

Entre los cambios e innovaciones del DLA en relación con la LGA cabe destacar las que se muestran en el cuadro siguiente:

Reglas de la LGA	Reglas del DLA
Mantiene un modelo dualista con reglas aplicables a los arbitrajes nacionales y reglas propias del arbitraje internacional	Se introduce un modelo monista de regulación, pues las reglas generales del DLA son aplicables tanto al arbitraje nacional como al arbitraje internacional; con algunas reglas especiales propias para el arbitraje internacional.
Se recogen los principios de separabilidad del convenio arbitral y la competencia de los	Se recogen expresamente los principios de la función arbitral: no interferencia judicial,

árbitros para decidir sobre su propia independencia de los árbitros, fortalecimiento de las competencias del tribunal arbitral, se establece la autonomía de las actuaciones arbitrales y el control judicial posterior.

Adicionalmente, se regulan nuevamente los principios de separabilidad del convenio arbitral y de competence-competence.

Se establece que las partes pueden someter a arbitraje materias de libre disposición, estableciéndose una lista de materias no arbitrables.

Se señala que las partes pueden someter a arbitraje materias de libre disposición conforme a derecho; así como aquellas previstas en otras leyes y/o tratados internacionales.

Se establece como regla el arbitraje de conciencia, salvo que las partes hayan pactado el arbitraje de derecho.

Se establece como regla el arbitraje de derecho, salvo que las partes hayan estipulado lo contrario.

Se establece que el convenio arbitral puede prever sanciones para la parte que no ejecute los actos para hacerlo eficaz.

No se prevé ningún tipo de sanción

Se establece la forma escrita como formalidad del convenio, bajo sanción de nulidad.

Se establece que la forma escrita es una forma de probar el consentimiento, no hay sanción de nulidad si se adopta forma distinta a la escrita (electrónica por ejemplo).

Por el efecto relativo de los contratos, el convenio arbitral sólo vincula a las partes signatarias del mismo.

Se establece la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias (por ejemplo en los grupos de sociedades).

La designación de los árbitros, a falta de acuerdo de las partes, la realiza el juez. Estableciéndose un proceso judicial para el efecto.

La designación de árbitros, a falta de acuerdo de las partes, la realizan las Cámaras de Comercio, estableciéndose un procedimiento estrictamente privado para tal efecto.

<p>La recusación de los árbitros puede ser resuelta residualmente por los jueces.</p>	<p>La recusación es resuelta residualmente por las Cámaras de Comercio.</p>
<p>No se prevé modificaciones o ampliaciones de las demandas.</p>	<p>Se prevé que las partes pueden modificar o ampliar el contenido de las demandas o contestaciones.</p>
<p>Se establece la competencia de los árbitros para promover la conciliación entre las partes.</p>	<p>No hay referencia a la conciliación, pero sí a la transacción, que a pedido de las partes puede ser adoptada en forma de laudo.</p>
<p>Se establece un procedimiento tipo para el desarrollo del arbitraje, en efecto de acuerdo de las partes.</p>	<p>Se establecen ciertos principios generales, no reglas, para que el tribunal arbitral configure el procedimiento, sobre la base del principio de informalismo y flexibilidad.</p>
<p>Regulación escueta de las medidas cautelares en el arbitraje. Siempre se requiere el auxilio judicial para ejecutar la medida adoptada por los árbitros. Se prevé la posibilidad solicitar medida cautelar antes y durante el desarrollo del arbitraje.</p>	<p>Mayores precisiones en torno a los tipos de medidas cautelares que pueden ser otorgadas por el tribunal arbitral. Incluso la medida cautelar puede ser ejecutada por el propio tribunal arbitral, salvo que considere necesario el auxilio de la fuerza pública para su ejecución, en cuyo caso se requerirá el auxilio judicial.</p>
<p>Se establece la forma (protocolización notarial), contenido y el plazo en que debe dictarse el laudo arbitral.</p>	<p>No se establece ningún tipo de formalidad para dictar el laudo arbitral.</p>
<p>La controversia se decide mediante un solo laudo arbitral.</p>	<p>Se establece que, salvo acuerdo de las partes, la controversia puede resolverse en un solo laudo o tantos laudos parciales como estime conveniente el Tribunal Arbitral.</p>

En cuanto a recursos se prevén los de reconsideración (para cuestionar actuaciones de mero trámite), apelación (para revisar el fondo de lo decidido) y anulación (para revisar la validez del laudo). Cabe precisar que el recurso de apelación previsto en la LGA, puede ser resuelto ante una segunda instancia arbitral – con un tribunal arbitral distinto – o, a decisión de las partes, ante el Poder Judicial.

El laudo puede ser objeto de solicitudes de corrección (errores numéricos), integración (cuando se omitió resolver alguna pretensión o punto controvertido) y aclaración (sobre puntos oscuros de lo laudado).

Se reconoce que el laudo tiene eficacia equivalente a una sentencia y que procede su ejecución, la que no admite oposición.

Se establece como requisito de admisibilidad del recurso de anulación la presentación de una carta fianza a favor de la parte vencedora del laudo; siempre que ésta se hubiere pactado en el convenio o esté previsto en el reglamento de la institución arbitral que administró el arbitraje.

No se establece ninguna regla que prohíba a los jueces pronunciarse sobre el fondo de la

En principio el arbitraje se resuelve en instancia única, se ha eliminado toda referencia al recurso de apelación. Sólo se ha establecido el recurso de reconsideración (para cuestionar decisiones arbitrales distintas al laudo, son resueltas por el mismo Tribunal Arbitral) y de anulación (como un control posterior sobre la validez del laudo arbitral, ante el Poder Judicial).

El laudo puede ser objeto de solicitudes de rectificación (de errores de cálculo, tipográficos), interpretación (de extremos oscuros o dudosos), integración (cuando se omitió pronunciamiento de algún punto controvertido) y exclusión (de algún extremo que no haya sido sometido a conocimiento de los árbitros o no sea materia arbitrable).

Se reconoce de manera expresa que el laudo tiene efecto de cosa juzgada, que es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación. La ejecución del laudo no admite oposición.

Se establece que la interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución de la decisión contenida en el laudo arbitral. Pero si la parte que promueve el recurso de anulación solicita la suspensión de la ejecución se establece la obligatoriedad de la fianza bancaria.

Se prohíbe expresamente a los jueces, que conocen del recurso de anulación, pronunciarse

controversia.

sobre el fondo de la controversia.

Se establece la posibilidad de que a pedido de parte el juez disponga la publicación de un aviso en donde se dé cuenta de que se tuvo que recurrir a la instancia judicial para la ejecución del laudo.

Se establece la confidencialidad de las actuaciones arbitrales, excepto la publicación de los laudos en los arbitrajes en que el Estado sea parte.

Si se anula un laudo por haberse expedido fuera del plazo establecido, se restablece la competencia del Poder Judicial, salvo acuerdo distinto de las partes.

Se establece que si se anula un laudo por haber sido expedido fuera del plazo establecido puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre lo actuado dirima la controversia o, si tratándose de un arbitraje nacional, dentro de los 15 días de notificada la resolución que anula el laudo, decidas por acuerdo que la Corte Superior que conoció de la anulación, resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

Se introduce una regla que califica al recurso de anulación como una vía específica e idónea para la tutela de los derechos constitucionales, determinando que vía aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, los procesos de amparo sean declarados improcedente.

Se prevé la prevalencia de las normas del DLA sobre las del Código Procesal Civil.

Se regula la ejecución de los laudos dictados por los tribunales arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

relativos a Inversiones (CIADI).

Del breve repaso a las normas que han regulado el arbitraje en el país, se evidencia que hemos transitado por una concepción contractualista del arbitraje con el Código Civil, pasando por la tesis jurisdiccionalista, con el Decreto Ley N° 25395, siguiendo con la tesis ecléctica con la Ley N° 26572 (LGA), hasta llegar a la tesis de la autonomía plenamente expresada en el Decreto Legislativo N° 1071 (DLA).

Entonces, podemos afirmar que de las modificaciones introducidas por el DLA se advierte la tendencia hacia una mayor desjudicialización del arbitraje, fortaleciendo el acuerdo de las partes y las facultades de los árbitros. La tendencia es fortalecer su mayor autonomía como herramienta de resolución de controversias. Cabe señalar que esta tendencia hacia la desjudicialización del arbitraje no es privativa del entorno peruano (González-Montes Sánchez 2008:18).

5. Control judicial del arbitraje en el derecho comparado

Las relaciones entre el arbitraje y el control que sobre el mismo despliegan los jueces ordinarios, ha estado cubierta de ciertas líneas de tensión, ya que si se parte del hecho de que mediante el arbitraje las partes involucradas en una controversia deciden sustraer la misma del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, resulta ilógico que a fin de cuentas el mismo se judicialice, volviendo a donde precisamente las partes no quisieron ir: el Poder Judicial (González de Cossío 2011).

Sin embargo, los diseños legislativos -nacionales e internacionales- y la misma realidad demuestran que el control judicial -además de necesario- es una práctica innegable. En esa dirección se ha señalado que resulta bastante difícil sostener que nuestro ordenamiento jurídico reconozca a un acto de decisión la condición de incuestionable, sin antes haber sido objeto de revisión estatal, evidentemente el laudo arbitral no es la excepción (Alva Navarro 2011: 40).

En efecto, una cierta dosis de control judicial sobre lo decidido por los árbitros es necesaria, en tanto mediante la misma el Estado se asegura que el objeto sobre el cual recae la decisión arbitral sea materia arbitrable, es decir que sea de libre disposición de las partes conforme al ordenamiento jurídico vigente. De esta manera, se procura evitar que las partes puedan sustraer del conocimiento de la jurisdicción estatal materia reservada en exclusividad al Estado, sólo por poner un ejemplo extremo, la persecución de los delitos o la capacidad civil de las personas, o por último los derechos fundamentales¹²⁷.

Ahora bien, el otro extremo es cuando este control se utiliza con fines distintos a los que justifican su intervención (como mecanismo de dilación o retardo de la ejecución de lo decidido en el laudo). Empero, dicha situación escapa a los alcances del presente trabajo.

A pesar de la dimensión eminentemente práctica de este tema, la doctrina ha resaltado la vinculación que el mismo tiene con la discusión sobre las diferentes concepciones o tesis en torno al arbitraje (Mezgravis 1999 : 209, Hinojosa Segovia 1993 :473); sin embargo, se señala que a veces las legislaciones suelen obviar el tema, a pesar de que control que se desarrolle sobre el arbitraje está conectado con la categoría a la cuál se la adscriba: contrato o jurisdicción (Hinojosa Segovia 1993: 474).

En efecto, un mayor control judicial del arbitraje, que incluiría un control sobre el fondo de la decisión arbitral contenida en el laudo, lleva implícita una concepción jurisdiccionalista del arbitraje, en cambio, un control menos invasivo sobre la decisión del árbitro, o si cabe sólo un control sobre la forma, está más cercana a una concepción contractualista del arbitraje, en tanto se respeta el hecho de que son las partes las que decidieron someterse a la decisión de los árbitros, excluyendo toda intervención judicial.

¹²⁷ Así por ejemplo en la sentencia del EXP N° 03746-2004-AA, caso Leónidas Tubilla Collahua contra Empresa Aseguradora Rimac Internacional, de fecha 17 de diciembre de 2004, se discutió si, en sede constitucional, podía oponerse una excepción de convenio arbitral cuando se demandaba el otorgamiento de una pensión por enfermedad profesional. El Tribunal Constitucional entendió que por verse involucrados los derechos constitucionales a la pensión y a la salud, no podía aceptarse la excepción.

Empero, un modelo de control que atienda a la funcionalidad del arbitraje, y al hecho de que pondere tanto los intereses de las partes involucradas (eficacia de la decisión), como los de la sociedad y del Estado (corrección del procedimiento, respeto del debido proceso), nos acerca más hacia una concepción autónoma del arbitraje, por lo que, los rasgos de este tipo de control deben obedecer a los fines y funciones del arbitraje, de tal manera que se posibilite su mejor eficacia y no se busque entorpecer su funcionalidad instrumental.

5.1. Tipos de control judicial:

En el derecho comparado se observan dos tipos de control judicial: el ordinario y el constitucional; el primero pacíficamente admitido, y el segundo más impulsado por la práctica jurisprudencial de cada país, pues en línea de principio los textos legales no lo reconocen¹²⁸.

El control ordinario es aquel que tiene por objeto la revisión del fondo o de la forma de lo resuelto mediante el laudo arbitral, en tanto que mediante el control constitucional se busca determinar si lo actuado en un proceso arbitral lesionó o no los derechos fundamentales de las partes del arbitraje.

5.1.1. Control judicial ordinario

Fernando Cantuarias señala que en materia de control judicial del arbitraje, se requiere establecer un punto medio que garantice la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes, pues un control amplio del mismo traerá como consecuencia que el arbitraje genere en una suerte de primera instancia judicial, perdiendo valor como mecanismo alternativo al judicial para resolver conflictos. Asimismo, postular un nulo o mínimo control del arbitraje, puede conllevar que en el mismo se den situaciones de abuso que nadie desea, llegando a

¹²⁸ Es más en algunos casos se prohíbe el control constitucional reconduciéndolo hacia el control judicial ordinario, como sucede en nuestro ordenamiento mediante la Duodécima Disposición Complementaria del DLA de 2008, que califica al recurso de anulación de laudo como una vía específica e idónea para la tutela de los derechos constitucional, motivando la aplicación de la causal de improcedencia del amparo previsto en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

convertir al arbitraje en una suerte de insularidad del arbitraje. Precisamente, en esa dirección, el control judicial del arbitraje, que resulta ser necesario, debe orientarse a controlar el abuso de poder de los árbitros (Cantuarias Salaverry 2007: 44-47).

Ahora, como todo mecanismo de control, el mismo no puede ser absoluto o exhaustivo, en el sentido de permitir o convalidar una revisión judicial sobre el fondo, pues las partes decidieron que esto sea resuelto por sujetos ajenos al aparato judicial. Por dicha razón, el control judicial debe limitarse a un control posterior estricto sobre ciertas condiciones mínimas que aseguran el adecuado desenvolvimiento procedimental del arbitraje. Estas condiciones mínimas, como supuestos de control judicial, deberán estar taxativamente previstas en la legislación correspondiente.

Por ello, en virtud al principio de imparcialidad, el control judicial que se realiza sobre las actuaciones arbitrales no puede ser ejercido por los propios árbitros, pues nadie puede ser juez de su propia causa. En ese sentido, el control que se desarrolla sobre el arbitraje es aquel que desarrollan los jueces del Poder Judicial, mediante los mecanismos que la propia legislación¹²⁹ ha establecido.

Dentro del control judicial ordinario cabe hacer una primera distinción atendiendo si el arbitraje es nacional o si el mismo puede ser calificado como internacional (éste último escapa a los alcances del presente trabajo).

Según nuestra legislación interna (artículo 5 de la DLA) se entiende que un arbitraje tiene carácter internacional cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) cuando las partes al momento de celebrar el convenio arbitral tienen sus domicilios en Estados diferentes, b) si la sede del arbitraje está situado fuera del Estado en el que las partes domicilian, y c) si tratándose de partes domiciliadas en el Perú, el lugar de cumplimiento de

¹²⁹ Generalmente los códigos procesales, las leyes especiales o tratados internacionales. Entre estos instrumentos internacionales tenemos la Convención de Nueva York de 1958 (Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros), Convención de Panamá de 1975 (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional), Convención de Montevideo de 1979 (Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros), el Acuerdo Sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur de 1998 (Ley N° 25223).

una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídico el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha está situado fuera del territorio nacional.

Por lo que, cuando las partes tengan sus domicilios en el territorio nacional, o el lugar pactado como sede del arbitraje sea el Perú o cuando las obligaciones principales de la relación jurídica o el objeto de la controversia se relacione estrechamente con el territorio peruano, podemos decir que estamos frente a un arbitraje nacional.

En relación con el control judicial ordinario de los laudos arbitrales nacionales, Marianella Ledesma Narváez (2002: 15, 2010: 150) señala que existen diversos tipos de sistemas que regulan los mecanismos de impugnación de laudos arbitrales: a) los que permiten un auténtico recurso que habilite a los órganos judiciales la revisión de lo resuelto en el fondo del laudo (mediante un recurso de apelación), b) a aquellos que permiten la nulación del laudo por determinados motivos establecidos legalmente; c) los que admiten la impugnación a través de un incidente de oposición en la fase de ejecución del laudo; y, d) sistemas que admiten el cuestionamiento del fondo mediante la acción de nulidad en un proceso ordinario.

A esta clasificación habría que añadir un quinto, pues existen sistemas que contemplan la posibilidad de interponer recursos de revisión contra los laudos. Estos recursos contemplan como causales que habilitan la interposición del medio impugnatorio circunstancias relacionadas con la prueba actuada dentro del arbitraje (que exista prueba obtenida posteriormente a la expedición del laudo, o que la prueba actuada haya sido declarada falsa en algún proceso posterior, por ejemplo). Se afilian a este sistema países como Costa Rica y España.

Costa Rica prevé el recurso de revisión, con arreglo a lo dispuesto en su Código Procesal Civil, mediante la disposición contenida en el artículo 64 de su Ley N° 7727, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, que señala: “Contra el laudo dictado en un proceso arbitral, solamente podrán interponerse recursos de nulidad y de revisión. El derecho de interponer los recursos es irrenunciable. El recurso de nulidad se

aplicará según los artículos 65, siguientes y concordantes de la presente ley. El recurso de revisión se aplicará de acuerdo con el Código Procesal Civil”. En el caso español, la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003) en su artículo 43 dispone que: “El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”.

Ahora bien, en el derecho comparado Argentina se afilia al primer sistema, puesto que en el artículo 758 de su Código Procesal Civil y Comercial (que tiene alcance nacional), aprobado por la Ley 17454 de 1981 (modificado sucesivas veces), se establece que: “Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso [arbitral por las partes]”. En el mismo sentido, Portugal ha previsto la posibilidad de interponer los recursos que se articulan contra las sentencias judiciales, siempre que las partes no hayan renunciado a hacer uso de ellos, según lo establecido en su artículo 29 numeral 1: “*Se as partes não tiverem renunciado aos recursos, da decisão arbitral cabem para tribunal da relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca*”.

La gran mayoría de países se afilia al segundo sistema, así tenemos que Argentina (sin perjuicio del recurso de apelación), Bolivia, Brasil (sin perjuicio del incidente de nulidad en ejecución), Colombia, Costa Rica (sin perjuicio del recurso de revisión), Chile, Ecuador, El Salvador, España (sin perjuicio del recurso de revisión), Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Portugal (sin perjuicio del recurso de apelación), República Dominicana, Uruguay y Venezuela, han previsto el recurso de anulación de laudo arbitral, la más de las veces denominándolo como recurso de nulidad. En todos estos ordenamientos se observa una gran influencia de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (de 1985, enmendada en 2006) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

En el caso del tercer sistema, solo Brasil contempla un incidente de nulidad en la ejecución del laudo arbitral, según lo dispuesto en el párrafo 3 de la artículo 33 de la Ley 9307,

Disposiciones sobre Arbitraje de 1996, que señala: “Un decreto de nulidad de laudo arbitral también podrá plantearse si se ha planteado el embargo de laudor, según el artículo 741 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en caso de ejecución judicial”.

En cuanto al cuarto sistema, esto es la existencia de un recurso de nulidad que permita evaluar el fondo de lo resuelto por los árbitros dentro de un proceso ordinario, de nuestra búsqueda no hemos hallado ordenamiento jurídico que acoja tal tipo de recurso contra el laudo arbitral.

En nuestro caso, la LGA se adheriría al primer sistema al contemplar un recurso de apelación, siempre que hubiese pacto expreso para ello, que podría interponerse ante un tribunal arbitral de segunda instancia o presentarse ante la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente (artículo 60 de la LGA¹³⁰), actualmente éste ha sido dejado de lado por su poco uso.

En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, sólo contempla como mecanismo de control judicial de lo resuelto mediante un laudo arbitral al llamado recurso de anulación de laudo (en adelante RAL), que tiene su regulación legal en sus artículos 63° (causales), 64° (reglas de procedimiento) y 65° (efectos de la estimación del RAL) del DLA.

5.1.2. Control constitucional

En materia de control constitucional de laudos arbitrales se discute sobre su procedencia o no y su articulación con las vías de control judicial ordinario. De igual manera, de aceptarse el control constitucional –vía amparo– de los laudos arbitrales, es objeto de dudas

¹³⁰ LGA, artículo 60.- Recurso de Apelación.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación.

discusiones los límites de la juezc constitucional a l momento de evaluar la legitimidad constitucional de un laudo arbitral.

Cabe precisar que la preocupación sobre la articulación entre el arbitraje y su control constitucional mediante amparo puede -a su vez- revestir dos categorías, dependiendo del tipo de arbitraje frente al cual se intente el amparo. Desde esta perspectiva, cuando se alude al tipo de arbitraje, no hacemos referencia a si el mismo es de derecho o de conciencia, institucional o a d hoc ; sino a si dentro de l arbitraje que se pretende cuestionar con el amparo existen elementos que lo hacen internacional; o si el arbitraje es eminentemente nacional, es decir regido por el derecho peruano.

Es en este último tipo de supuestos en los que, al menos en nuestro medio, se ha planteado el problema de articulación entre el amparo y el arbitraje, empero no en el primero. En estos casos el análisis se torna muy complejo. Nos explicamos.

En el arbitraje internacional (en el que incluiremos al arbitraje comercial internacional e inclusive al arbitraje de inversiones), la controversia -a diferencia de lo que sucede en un arbitraje- no se rige por un solo sistema jurídico, sino por una serie de ordenamientos a veces contrapuestos, tanto en lo que respecta al régimen procedimental del arbitraje, como a las reglas que permiten a los árbitros resolver el fondo de la controversia. A sí por ejemplo, puede existir un arbitraje que se desarrolle en nuestro país, que vendría a constituirse como la sede del arbitraje, bajo reglas procedimentales pactadas, en su totalidad por las partes, o de un ordenamiento arbitral distinto (el español o argentino, por ejemplo), y que a su vez las reglas que solucionen el fondo del conflicto estén previstas en un tratado o contrato internacional, habiéndose excluido la aplicación del derecho sustantivo peruano. En dicho ejemplo, evidentemente el ordenamiento jurídico peruano -que incluye, de sde luego, a nuestra Constitución, y con ello al amparo- no resultaría aplicable. Entonces, en estos escenarios cabe la pregunta de si sería posible interponer un amparo contra un arbitraje internacional en el que se cuestione la afectación de derechos fundamentales.

Ya en algunos ámbitos académicos se ha reflexionado de modo negativo, indicando que no es posible intentar cuestionamientos constitucionales contra un arbitraje comercial internacional, lo que no impide que mediante un recurso de anulación, siempre que así haya sido previsto por la legislación elegida por partes, se pueda controlar la validez, formalmente, de un laudo que pone fin a un arbitraje comercial internacional, teniendo como parámetro de control la noción de orden público internacional (De Jesús O. 2008: 25-33).

Sin perjuicio de lo expuesto, las reflexiones que permitirían dar una respuesta más elaborada y acabada a esta interrogante exceden los límites del presente trabajo, ya que su solo tratamiento, ameritaría un trabajo similar al presente. Precisamente, esta investigación se inserta dentro de la no menos problemática relación entre el control constitucional -vía amparo- del arbitraje que se rige por el derecho peruano.

Sin embargo, no puede negarse el hecho de que el control constitucional de los laudos arbitrales, mediante el amparo constitucional, ha ido ganando terreno en el derecho comparado; sobre todo por influjo y empuje de la jurisprudencia constitucional.

Así por ejemplo, en Venezuela la doctrina niega la posibilidad del control de los laudos arbitrales mediante el arbitraje y consideran que la única vía idónea de control es el recurso de anulación (Mezgravis 1999: 226-241, Anzola y Zumbiehl 2008: 33-38), sin embargo, el Tribunal Supremo de Venezuela lo admite. Para dicho efecto, Anzola y Zumbiehl narran las incidencias del caso Consorcio Barr, donde la Sala Constitucional del Supremo venezolano, mediante resolución del 16 de octubre de 2001, justifica la admisibilidad de la demanda de amparo por cuanto en el caso “[...] se sometió a arbitraje internacional una demanda contra una persona jurídica venezolana cuya ejecución eventualmente tendrá lugar en el país. Por tanto, al estar sujetas a la aplicación de las normas y principios constitucionales, las decisiones de... un tribunal arbitral constituido fuera de Venezuela... puede ser objeto de amparo [...]” (Anzola y Zumbiehl 2008: 35-36).

De igual manera, según una encuesta realizada por Villa-García Noriega y otros (2008: 337-359), se admite cierta forma de control constitucional en Argentina, en tanto que en

España y México el control constitucional es indirecto; mientras que en Colombia el modelo de control constitucional de laudos arbitrales es muy similar al peruano.

En Argentina, por ejemplo, su Corte Suprema admite el control de un laudo arbitral, cuando éste resulta contrario al orden público, es decir cuando el laudo en cuestión sea inconstitucional, ilegal o irrazonable; en palabras de la propia corte argentina:

“Que en atención a lo expuesto, no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extiende a su puesto en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros, y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable” (fundamento 14 de la Fallo de la causa José Cartellone Construcciones Civiles S.A. contra Hidronor, de fecha 01 de junio de 2004).

En España y México no se admite un control constitucional directo del laudo arbitral, sino que este se propiciará de modo indirecto cuando agotado el recurso de anulación en la vía judicial ordinaria, ésta es cuestionada mediante el recurso de amparo en España, luego de transitar por el Poder Judicial, o el juicio de amparo en México, ante las cortes federales.

En Colombia se han extrapolado los criterios de control constitucional de las resoluciones judiciales mediante el concepto de vías de hecho. De esta manera, en Colombia cabe controlar constitucionalmente un laudo arbitral, mediante la acción de tutela, a condición de que se hayan agotado los recursos ordinarios previstos en la legislación y sólo si los árbitros han incurrido en vías de hecho (sentencia de Unificación N° 174/07, sentencia T-058/09).

En dicho sentido, se considera como vía de hecho que el laudo se haya basado en una norma inaplicable al caso (defecto sustantivo); que los árbitros hayan actuado por fuera de lo pactado por las partes o excediendo las limitaciones establecidas en el convenio arbitral

(defecto orgánico); cuando se hayan incurrido en violaciones durante el trámite del arbitraje (defecto procedimental); o, cuando los árbitros han de jado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su valoración probatoria vulnerando derechos fundamentales de las partes o han valorado las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable (Villa-García Noriega y otros 2008: 348-349).

Por otro lado, en Ecuador se ha planteado el tema desde la discusión académica, pudiendo encontrarse posiciones a favor y en contra de la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales. La acción extraordinaria de protección es el símil ecuatoriano del amparo contra resoluciones judiciales. En este sentido, es muy parecido al recurso de amparo español, ya que únicamente se sustancia ante dicha sede constitucional. En dicho debate, los argumentos a favor de la acción extraordinaria de protección pasan por reconocer o admitir que el arbitraje es expresión de jurisdicción, con lo que se asimila el laudo arbitral a una sentencia judicial, con lo cual puede ser objeto de control constitucional, vía acción extraordinaria de protección (Morán Maridueña 2009: 347-362), o se postula el previo agotamiento de los recursos ordinarios (nulidad) y extraordinarios (casación), previstos en el ordenamiento, antes de hacer uso de la acción extraordinaria de protección (Samaniego Vélez y Díaz Lozada 2011: 339-384).

Desde la otra postura, sin dejar de reconocer el carácter jurisdiccional del arbitraje, como jurisdicción alternativa a la ordinaria, se argumenta que no existe disposición constitucional o legal que haga del laudo objeto de cuestionamiento mediante la acción extraordinaria de protección; sólo es posible el control del laudo arbitral mediante la acción de nulidad; el carácter alternativo del arbitraje excluye cualquier régimen de impugnación distinto al previsto en la legislación correspondiente (acción de nulidad de laudo): no puede asimilarse el laudo arbitral a la sentencia judicial, pues ésta proviene de una autoridad pública (el juez) en tanto que la otra ha sido proferida por sujetos privados (los árbitros): debilitaría la fuerza de cosa juzgada que tienen los laudos según el ordenamiento ecuatoriano; significaría quebrantar muchos principios de la arbitraje: celeridad, eficiencia, seguridad, confidencialidad; además de incentivar el abuso a efectos de impedir la ejecución de los

laudos y de snaturalizar el régimen de impugnación previsto para los laudos arbitrales (Velásquez Rivera 2010: 157-160).

Claramente se evidencia que el debate en Ecuador, al menos ya está abierto, y que, finalmente, será su Corte Constitucional la que, acertada o erróneamente, tendrá la última palabra; la que sin dudas no estará libre controversia.

Como podrá advertirse, si bien la legislación comparada no ha previsto la procedencia o improcedencia del amparo para el control constitucional de las actuaciones arbitrales, la jurisprudencia constitucional comparada paulatinamente ha ido aceptando dicha posibilidad. De igual manera, en algunos ámbitos la doctrina ha ido planteando el tema, como está sucediendo en Ecuador.

5.2. Alcances del control judicial

Ahora bien, el alcance del control judicial puede ser de dos tipos: uno amplio y otro restringido. El control judicial amplio implica que el juez, pueda revisar tanto la forma (el procedimiento) como el fondo de lo decidido (controlar la correcta o incorrecta aplicación del derecho y la valoración de las pruebas actuadas). Un control restringido sólo determina un control formal sobre determinados aspectos del procedimiento del arbitraje, nunca un control sobre el fondo de lo decidido por los árbitros.

Nuestro DLA ha optado por un control judicial restringido, establecer que frente al laudo sólo cabe el recurso de anulación y que el mismo producirá en determinados casos un reinicio del proceso arbitral o en su defecto, salvo que las partes no lo decidan así, ventilar la controversia en el ámbito judicial (artículo 65 del DLA).

5.3. Mecanismos de control judicial

Los mecanismos de control judicial se desarrollan mediante los medios impugnatorios o recursos que “son instrumentos legales puestos a disposición de las partes de un proceso

[...] para intentar la reforma o anulación de las resoluciones judiciales que se dictan en ese proceso” (Montero Aroca 2006:255); en buena cuenta son un medio de control del poder que detentan los órganos, públicos o privados, que deciden una cuestión litigiosa (Tuesta Silva 2010: 68, 58).

Es decir que mediante el empleo de dichos medios, se pretende revertir lo resuelto mediante una decisión judicial, ya sea que ésta se pronuncie sobre el fondo de la controversia, o sobre algún aspecto trascendente de la procedencia (como pueden ser la resolución de las excepciones procesales).

Ahora bien, el empleo de los recursos se sustenta en la posibilidad del error y la habilitación de una segunda revisión por una instancia superior. En dicho sentido, se ha señalado que: “Todos los medios de impugnación tienen su origen en la posibilidad del error humano, posibilidad que aconseja que sea examinado más de una vez el objeto de lo decidido en la resolución judicial para evitar, en lo posible, resoluciones no acodadas a lo dispuesto en la ley” (Montero Aroca 2006: 255)

Precisamente, si se quiere corregir el error humano, el recurso empleado para ello es el recurso de apelación. Median te éste se busca “la reparación de cualquier error de juzgamiento que a dolezca e ll audio, sea que se ha ya producido en la aplicación de las normas jurídicas, en la apreciación de los hechos o en la valoración de la prueba” (Ledezma Narváez 2010: 151).

Habría que precisar que a través de la apelación no sólo se pretende corregir la aplicación de las normas jurídicas, sino además poner en cuestionamiento y buscar que se enmiende la propia elección de la norma que a criterio de la parte apelante resulte adecuada. De igual manera, se busca cuestionar y que se corrija la interpretación otorgada a la norma que se decidió aplicar en el caso.

De igual manera, en cuanto a la apreciación de los hechos y la valoración de la prueba, se busca en el fondo que se tomen en cuenta hechos o medios de prueba que el órgano decisor

consideró no relevantes para resolver la causa, esto conlleva que el apelante indique y precise qué hechos de los sometidos al proceso son los que fueron obviados en la decisión final, así como también se evidencia la omisión en la valoración de la prueba aportada.

Estas precisiones permiten sostener que mediante la apelación se busca reformar la decisión contenida en el laudo, es decir que vía dicho recurso “se tratará de la estimación o desestimación de la pretensión, esto es, de reformar el contenido del fallo relativo al objeto del proceso” (Montero Aroca 2006: 275).

De otro lado, en las legislaciones comparadas es frecuente encontrar que para designar al medio impugnatorio que tiene por finalidad pronunciarse sobre la validez formal del laudo, sin ingresar a revisar el criterio arbitral, el fondo de lo decidido, se emplea de manera indistinta las denominaciones de recurso de anulación o recurso de nulidad.

Sobre este medio impugnatorio se señala, desde una perspectiva procesal, que cuando se emplea “no importa el contenido de la resolución sobre el fondo de la asunto, que normalmente no ha llegado a dictarse o no existe en el proceso, o que aun existiendo el recurso no contradice directamente su contenido, sino que pretende que se retrotraigan las actuaciones a un trámite anterior” (Montero Aroca 2006: 275).

Para el ámbito arbitral, Marianella Ledesma expresa que el recurso de anulación de laudo es contemplado como recurso extraordinario pues está sometido a una motivación muy concreta y limitada. Por su intermedio no se puede analizar la justicia del laudo ni el modo, errado o acertado, de la aplicación de la ley sustantiva. Por último, precisa que la anulación está vedada cualquier posibilidad de entrar a conocer el fondo del asunto y tiene como exclusiva finalidad controlar el exceso de poder de los árbitros (Ledesma Narváez 2010: 155, en igual sentido Mezgravis 1999: 241).

Finalmente, cabe precisar que algunos ordenamientos arbitrales prevén la presencia de un recurso de revisión contra los laudos arbitrales, a todas luces extraordinario (España, por ejemplo). Mediante éste recurso no se busca enjuiciar la validez formal del laudo, sino su

validez material, habida cuenta que las causales que habilitan su uso, están destinadas a establecer que la decisión de los árbitros es materialmente injusta (González- Montes Sánchez 2008: 175 -179), por ejemplo por no haberse contemplado ciertas pruebas o haberse laudado sobre pruebas falsas o la presencia de fraude entre las partes y alguno de los árbitros.

Ahora bien, en el marco de la hoy derogada LGA cabía la posibilidad de intentar, además del recurso de anulación, un recurso de apelación, ante una nueva instancia arbitral o ante el Poder Judicial, recurso que era renunciable por las partes en litigio. Evidentemente, mediante este recurso se facultaba al tribunal, arbitral o judicial, de alzada la revisión del fondo de lo decidido por los árbitros.

No obstante, como ya anotamos, el DLA sólo ha previsto la posibilidad cuestionar un laudo arbitral mediante el recurso de anulación, con lo que hoy en nuestro ordenamiento no existe la posibilidad de cuestionar el fondo de lo resuelto en un laudo arbitral (Ledesma Narváez 2010: 153). Empero, contrario a esta posición se muestra Julio Wong Abad (2013: 79-81), quien señala que si bien la ley prohíbe una segunda instancia, esta prohibición de entenderse como una prohibición a la segunda instancia judicial, pues nada impediría una segunda instancia arbitral, ya que considera sin fundamento que lo que debería ser libremente decidido por las partes, la existencia de una segunda instancia arbitral, venga impuesto legalmente, ya que: “una interpretación que optimice la vigencia de los derechos fundamentales debe favorecer la posibilidad de que las partes puedan hacer uso, si así lo desean, del derecho constitucional a una doble revisión de lo decidido por los árbitros” (Wong Abad 2013: 80).

A pesar de este interesante argumento, creemos que la posibilidad de un recurso que permita la revisión del fondo de lo resuelto en el arbitraje, contradice su propia funcionalidad instrumental. En efecto, en este trabajo, hemos adoptado la tesis que postula la autonomía del arbitraje, autonomía que tiene su sustento por un lado en la voluntad de las partes y por otro en su funcionalidad instrumental.

Si bien, el primer fundamento habilitaría la posibilidad de que las partes decidan incorporar un recurso como el de apelación, creemos que esto no responde funcionalmente a la institución arbitral; en efecto, si las partes pactaron someterse al arbitraje conforme a las reglas vigentes que lo configuran, que además optimizan su funcionalidad instrumental, éstas no podrían pactar reglas que contradigan el marco legal al cual se sujetan, salvo que el propio marco legal, como suele suceder, las habilite para ello.

Por lo que, si dentro de dicho marco legal no se ha previsto la posibilidad de un recurso de apelación, las partes no podrían pactar *contra legem*. Pues si sostuviéramos lo contrario, con la misma lógica, cabría argumentar que podrían pactar la renuncia al recurso de anulación. Entonces, a partir de lo argumentado, cabe señalar que en materia de arbitraje, éste se rige por el principio de instancia única.

6. El control judicial del arbitraje en el Decreto Legislativo N° 1071: el recurso de anulación de laudo

En nuestro país, el control judicial ordinario del laudo arbitral sólo se puede efectuar mediante el denominado “recurso de anulación de laudo” (en adelante RAL) previsto en el artículo 62 del DLA.

Como señala José Luis González-Núñez es en el escenario de la anulación donde se requiere equilibrar dos principios que en principio pudieran resultar contradictorios: la autonomía de la voluntad y el necesario control del arbitraje. En virtud del primero, son las propias partes quienes deciden acudir al arbitraje y al mismo tiempo excluir que la controversia sea conocida por la justicia ordinaria. En función al segundo, se suele argumentar que dado que el ordenamiento reconoce fuerza ejecutiva a los laudos, a lo que habría que agregar la autoridad de cosa juzgada, lo que justifica que algún tipo de control debe existir, pues distinto sería el escenario si el laudo no tuviera dicha condición en el ordenamiento (González-Núñez 2008: 23-24).

De esta manera se resalta que el fin primordial del recurso de nulación, como control posterior del arbitraje, es la protección del convenio arbitral frente a la actuación de los árbitros, esto es, del acuerdo de las partes; lo que pretende el recurso de nulación en buena cuenta es proteger el convenio arbitral de los árbitros (Bullard González 2012: 30-33).

6.1. El recurso de nulación de laudo arbitral ¿recurso, acción o proceso?

El DLA en su artículo 62 prevé como único mecanismo de revisión judicial del laudo arbitral al llamado “Recurso de nulación de laudo”¹³¹. El primer aspecto del RAL sobre el que queremos llamar la atención es sobre su denominación, ya que en estricto no es un “recurso” sino expresión del ejercicio del derecho de acción, que en cuanto tal da origen a un “proceso” distinto en su finalidad y características al actuado dentro del arbitraje.

Desde la perspectiva procesal, la acción es entendida como el poder autónomo que tiene una persona para activar la actividad jurisdiccional del Estado, con miras a lograr la protección de las situaciones jurídicas materiales (derechos subjetivos), en términos constitucionales, el empleo del “recurso de nulación” se constituye en una manifestación del ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional.

Por otro lado, siempre desde la perspectiva procesal, los recursos son actos procesales, ejercitados al interior de un proceso, que cualquiera de las partes involucradas puede emplear con el objeto de cuestionar lo resuelto por el juez, ya sea que se haya dado respuesta a un acto meramente circunstancial (como el impulso procesal), una cuestión importante para la prosecución del proceso (como la resolución de las excepciones procesales) o aquella que le pone fin (sentencia), y eventualmente lograr que dicho acto sea declarado nulo –por adolecer de vicios que afectan su validez- o sea revocado –cuando lo decidido no se ajusta a lo actuado o demostrado dentro del debate probatorio o al derecho vigente- por una autoridad judicial superior.

¹³¹ DLA, artículo 62 numeral 62.1.- Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de nulación. 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.

En cambio el proceso, en sentido técnico, viene a ser el mecanismo, instrumento o medio mediante el cual las personas resuelven pacíficamente sus diferencias, controversias o conflictos, sometiendo el mismo a la autoridad del Estado a efectos de que, por intermedio de funcionarios especialmente designados, los jueces, resuelvan las controversias aplicando el derecho estatal vigente.

A partir de la denominación empleada en el DLA se ha sostenido que la anulación del laudo es un recurso extraordinario, pues solo procede por las causales previstas en la ley, sólo se pueden impugnar ciertos vicios y en el fallo, los poderes de revisión del juez son más limitados, puede o no exigirse para su interposición la constitución de un depósito y sólo procede en tanto no sea posible interponer un recurso ordinario (Avendaño Valdez 2011: 685).

En idéntico sentido, para el caso argentino, se ha señalado que la nulidad de laudo es un recurso por el que sólo se revisa la validez del laudo, verificando si en el caso se presenta alguna de las situaciones que la legislación arbitral ha previsto como causal de nulidad, sin que el juez pueda revisar el mérito de lo decidido, es decir que le impide revisar el acierto o desacierto de la decisión contenida en el laudo (Caivano 2011: 189-190, 196-197).

Por otro lado, a partir de la legislación española, se ha negado el carácter de recurso de la anulación del laudo, postulando en cambio su carácter de acción autónoma que da inicio a un proceso distinto al arbitraje. En dicho sentido, Faustino Cordón Moreno ha manifestado que la anulación del laudo “no es un recurso que abra una segunda instancia judicial, dando lugar a lo que sería un extraño procedimiento híbrido (arbitral-judicial), que sólo podría entenderse (y a duras penas) desde una concepción radicalmente jurisdiccionalista de l arbitraje”, por el contrario –sostiene Cordón Moreno– es una acción autónoma que pretende satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva (Cordón Moreno 2010: 64-65).

De similar parecer es José Luis González-Montes Sánchez, para quien la anulación de l laudo, a pesar de compartir algunas características, no puede ser catalogada como un recurso ordinario o extraordinario, habida cuenta por su intermedio le está vedado a los

jueces analizar el fondo de la controversia, asimismo les es tá prohibido realizar valoraciones sobre la prueba actuada o sobre el derecho material aplicado (González-Montes Sánchez 2008: 25)¹³².

La opción por el carácter recursivo de la anulación del laudo o su autonomía como expresión del ejercicio de una acción de nulidad, o del derecho a la tutela jurisdiccional, finalmente estará determinada por la opción en torno a si consideramos al arbitraje como expresión de la jurisdicción estatal o si optamos por una posición teórica distinta, como la tesis de la autonomía, adoptada en este trabajo¹³³.

En nuestro medio, desde la primera perspectiva se ha señalado que el control vía anulación no es una pretensión autónoma, pues con ella no se está generando una relación procesal nueva, sino que se desenvuelve y culmina sobre la misma relación procesal desarrollada en el arbitraje (Ledesma Narváez 2010: 158).

Desde la opción teórica en torno al arbitraje asumida en este trabajo, creemos que la “anulación del laudo” no puede constituirse en un “recurso”, habida cuenta que mediante el mismo no se ejercita una pretensión impugnatoria, sino una pretensión autónoma de nulidad. Es decir, no es que mediante la anulación de laudo se ingrese a una etapa adicional en el arbitraje. Todo lo contrario, la anulación ya no forma parte del *iter* arbitral. No debemos olvidar que el arbitraje tiene una finalidad instrumental: brindar tutela a las situaciones jurídicas de las partes involucradas en la controversia mediante la solución de la misma. Con el ejercicio de la pretensión de anulación, ya no se busca la solución al caso, sino revisar esa la validez de la decisión; pero no en cuanto a su corrección material, sino en cuanto a su corrección formal o procedimental.

¹³² En nuestro medio, sigue igual criterio Frank García Ascencios (2012: 59-60).

¹³³ Al respecto se ha señalado que “quien sostiene la naturaleza jurisdiccional del laudo estará más dispuesto a sostener que la impugnación del laudo [vía anulación] es un recurso y quien como hemos visto, se decide por considerar al laudo como un negocio jurídico estará más cerca de considerarlo un proceso independiente” (Wong Abad 2013: 82)

Entonces, estamos frente al ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional, mediante el cual las partes del arbitraje, pueden cuestionar por razones procedimentales, la validez del laudo, empero lo que no pueden cuestionar es su corrección material o justicia. Es decir, las partes podrán cuestionar que en el arbitraje no se haya seguido las pautas establecidas en el convenio arbitral, tanto aquellas que establecen la competencia material de los árbitros, como las reglas de procedimiento; empero no podrán cuestionar la conveniencia o pertinencia de las normas elegidas por los árbitros para resolver las controversias, así como tampoco su interpretación; de igual manera no podrán cuestionar la pertinencia de la prueba elegida ni su valoración.

Por dicha autonomía, la pretensión de anulación se desarrolla en un escenario distinto al arbitraje: el escenario del proceso judicial. En buena cuenta, la anulación de laudo no es una segunda instancia del arbitraje. En esa dirección, se ha afirmado con acierto que:

“no escapa a nadie que esta anulación se produce, de ser el caso, fuera del proceso arbitral para resolverse en el dominio de lo público, en los procesos ordinarios del Poder Judicial. Esto significa que en los hechos no existe una nueva instancia arbitral a la que se pueda recurrir para, dentro de ese mismo proceso, impugnar un laudo, anulándolo. Luego, existe no otra instancia, sino otra jurisdicción que es cosa totalmente diferente” (Castillo Freyre y Vásquez Kunze 2006: 255).

Como ya se dijo, la autonomía del arbitraje se fundamenta en dos argumentos. Por un lado el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en buena cuenta, en su libertad para por acuerdo elegir una vía distinta a la judicial para resolver sus disputas (ya que también podrían optar por la conciliación o la negociación privada), y en su finalidad instrumental: servir de manera directa a la solución de una determinada controversia, y de forma indirecta brindar protección a la situación jurídica de quien resultó victorioso en el arbitraje.

Los autores del DLA siendo consistentes con dicha opción teórica solo han contemplado como causales de anulación aspectos de tipo meramente formal, que sólo tienen por objeto y efecto lograr una revisión judicial formal del procedimiento arbitral y desde luego del laudo, lo que nos lleva a concluir que una revisión sobre el fondo de lo resuelto en el laudo

arbitral (determinación de hechos probados y relevantes, determinación de la disposición o precepto contractual o legal que resuelve el caso, así como el sentido de su interpretación) no es objeto de revisión judicial.

A partir de dicho entendimiento, podemos comprender que la anulación del laudo arbitral busca proteger, como dijo Alfredo Bullard, la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral; es decir que la finalidad del RAL guarda coherencia con el fundamento del arbitraje.

En esa misma dirección, puede argumentarse que el RAL, al tener causales taxativamente previstas en la ley, vinculadas con el respeto del convenio arbitral¹³⁴, busca reducir el control judicial del laudo a lo estrictamente necesario y de la mano con la prohibición de revisar el fondo de la controversia por parte del juez que conoce la anulación, consigue preservar la finalidad instrumental del arbitraje¹³⁵.

En efecto, si la finalidad instrumental del arbitraje es que las partes puedan resolver el fondo de su controversia sin intervención de las autoridades judiciales, la consecuencia lógica de ello es que se impida a esos mismos jueces, vía un mecanismo de control formal del laudo arbitral, ingresar a conocer aquello que las partes nunca quisieron que vieran: el fondo de la controversia. Por ello, sería técnicamente inadecuado denominar a la anulación

¹³⁴ Por ejemplo en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, puede leerse como causales de anulación que una de las partes prueba la incapacidad de la otra para someterse al arbitraje, que el convenio arbitral es nulo según la ley elegida por las partes; no haber sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o que de cualquiera otra manera no se le haya permitido ejercer sus derechos, que las materias decididas por los árbitros excedían los términos del convenio; o, que la composición del Tribunal arbitral o el procedimiento se ha seguido sin respetar los acuerdos establecidos en el convenio arbitral (cfr. artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional).

¹³⁵ En esa dirección el DLA LPA, artículo 62 numeral 62.2.- El recurso [de anulación] 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.

de laudo arbitral “recurso”, cuando en realidad es una pretensión autónoma que da inicio a un proceso que se desarrolla ante las instancias judiciales¹³⁶.

Esto quiere decir que la revisión judicial del arbitraje reposa en una excesiva confianza en la actuación arbitral al resolver el fondo del caso. Aparentemente, esta confianza resulta siendo contradictoria pues se confía que los árbitros resolverán bien el caso, por eso no se habilita el control judicial sobre el fondo; pero se duda de que puedan actuar correctamente, ya que un control formal tiene como sustento precisamente la duda que genera la actuación procedimental de los árbitros.

Si bien, este puede ser una aproximación a la prohibición de revisión del fondo de la controversia resulta mediante el laudo, lo cierto es que no es la duda en la actuación de los árbitros la que fundamenta posibilidad de la anulación del laudo; sino que luego de emitido el laudo, ante la resistencia de la parte vencida a ejecutar lo decidido, se busque el apoyo del Estado para poder ejecutar lo decidido¹³⁷; y para ello el Estado debe estar frente a un acto legítimo; por dicho motivo, si el arbitraje se fundamenta en la voluntad de las partes expresadas en el convenio arbitral; el arbitraje en cuya virtud se origina, también debe haberse ajustado y desarrollado conforme a dichos términos. Esto y no otra cosa, es lo que fundamenta la anulación de laudo.

¹³⁶ En la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003), puede leerse: “Respecto de la anulación, se evita la expresión «recurso», por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo.” (Consulta: 12 de noviembre de 2011. <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/larbr-03.htm>>)

En nuestro medio se ha señalado que la anulación de laudo es un proceso autónomo respecto de lo actuado en el arbitraje, de carácter público e irrenunciable para las partes (Santistevan de Noriega 2011: 26). Por su parte, Julio Wong Abad, siguiendo a Guasp (quien reconoce la existencia de procesos especiales de impugnación), sostiene que la anulación de laudo arbitral es un “verdadero y distinto” proceso, limitado a un control formal del arbitraje (Wong Abad 2013: 83).

¹³⁷ En dicho sentido Marianella Ledesma afirma que “el recurso de anulación existe porque resulta necesaria la intervención del Poder Judicial para controlar el exceso de poder de los árbitros, sin embargo, esta intervención judicial se justificará, esencialmente, cuando el laudo arbitral pretenda su eficacia en el país” (Ledesma Narváez 2010: 157).

6.2. Principios que rigen al recurso de anulación de laudo

Ahora bien, como toda institución jurídica, el RAL¹³⁸ se rige por una serie de principios que lo caracterizan. Según Esteban Alva Navarro el recurso de anulación se rige por los siguientes principios:

a) Irrevisabilidad del criterio arbitral aplicado al fondo de la controversia.

Como ya se ha afirmado la anulación del laudo sólo permite un control formal, sobre la base de determinadas causales establecidas en la ley, por lo tanto, está vedado todo tipo de control sobre el criterio de los árbitros para resolver el fondo de la controversia (Caivano 2011: 197-198).

En esa línea de pensamiento, se ha señalado que en el arbitraje tiene la categoría de principio general que la aplicación del derecho por los árbitros no puede ser revisada por los jueces estatales, por lo que “quien acuerda someterse a un tribunal arbitral acuerda también someterse a lo que éste decida” (Leible y Lehmann 2007:173)

Por este motivo, los jueces en vía de anulación de laudo arbitral no podrán pronunciarse sobre las pretensiones de las partes discutidas en sede arbitral (Wong Abad 2013: 84), en tanto, esta posibilidad es la que fue objeto de exclusión mediante el convenio arbitral. Precisamente, mediante el convenio las partes libremente optaron por el arbitraje como medio para solucionar su controversia, y a su vez decidieron excluir a los jueces de conocimiento de la misma (Cantuarias Salaverry 2007: 45). Razón por la cual se justifica que en la anulación del laudo, y desde luego en el amparo, se impida a los jueces ordinarios y constitucionales emitir pronunciamiento sobre el fondo de lo decidido.

¹³⁸ A pesar de que hemos establecido que es técnicamente inadecuado denominar “recurso” a la anulación del laudo por comodidad y por haberlo así denominado el DLA seguiremos empleando la sigla “RAL” para aludir a la pretensión autónoma de anulación de laudo arbitral.

Efectivamente, en ningún supuesto la revisión que se realice mediante la anulación supone valorar el fondo de lo resuelto en el arbitraje, ya que la anulación “no conlleva la posibilidad de emitir una decisión en sentido diverso al establecido en la vía arbitral” (Arrarte Arisnabarreta 2007: 100). Esta limitación de revisar el fondo, supone la prohibición para los jueces de emitir juicios de valor sobre elección de las normas sustantivas elegidas para resolver la controversia o sobre su interpretación, así como sobre la valoración de la prueba actuada (González-Montes Sánchez 2008: 25).

De igual manera es Esteban Alva, para quien esta “regla de oro” del arbitraje no sólo constituye el fundamento de los límites a la revisión judicial en sede ordinaria, sino también en el ámbito del control constitucional (Alva Navarro 2011: 67).

Cabe precisar que incluso la Corte Suprema ha sido respetuosa de esta prohibición a manifestar que:

“**SEXTO.**- [...] se aprecia que en el considerando quinto de la sentencia impugnada, la Sala de mérito ha considerado que al contrato de servicios de consultoría celebrado entre las partes, le resulta de aplicación las normas señaladas en la cláusula décimo cuarta de dicho contrato [...] lo cual constituye un pronunciamiento sobre la controversia planteada en sede arbitral, extremo que no le correspondía analizar al Colegiado Superior [...] **SÉTIMO.**- [...] en la sentencia impugnada se ha contravenido el artículo sesentuno de la Ley General de Arbitraje, en cuanto establece que el recurso de anulación de laudo arbitral tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia [...]” (Casación N° 1512-2004 LIMA, del 19 de setiembre de 2005, en Del Águila Ruiz de Somocurcio 2011: 278).

En el caso del Tribunal Constitucional, éste señaló en el caso PROIME Contratistas Generales SA (sentencia del EXP N° 4195-2006-PA, fundamento 4), que en el amparo no se podía cuestionar la elección o interpretación del derecho aplicado en el laudo, así como la valoración de los hechos discutidos en el arbitraje; salvo que con dichas interpretaciones se haya lesionado de modo manifiesto algún derecho fundamental y que, dicha lesión, sea apreciable de la sola lectura de las piezas procesales pertinentes.

b) Legalidad en la determinación de las causales de anulación.

El uso del principio de legalidad en la elaboración de las causales de anulación del laudo, trae consigo también la incorporación del principio de tipicidad, según el cual el laudo arbitral sólo puede ser anulado, total o parcialmente, por las causales expresamente previstas en la legislación correspondiente.

Este principio, indudablemente coadyuva al otorgamiento de seguridad jurídica, pues su otra consecuencia, es que el laudo no puede ser anulado por una causal que no esté contemplada como tal en la ley (Alva Navarro 2011: 84).

La conveniencia de la aplicación de este principio que rige las causales de nulidad se justifica en que si se procede del modo contrario, es decir, “una regulación que ponga a disposición de las partes posibilidades abstractas o genéricas para solicitar la anulación de la decisión de un árbitro. Podría terminar provocando en la práctica resultados indeseados, abriendo las puertas a un sinnúmero de acciones, por motivos tan diversos como exóticos, que busquen perjudicar al arbitraje más que controlarlo; y dejen sin la menor seguridad jurídica a la institución arbitral” (Alva Navarro 2011:85).

Vinculado a este aspecto, se ha cuestionado el hecho de que pesar de regir el principio de taxatividad en esta materia, se halla establecido como causal de anulación el que alguna de las partes por cualquier otra razón “no ha podido hacer valer sus derechos”; porque daría pie a que alguna de las partes intentara la anulación del laudo por defectos de motivación (Avendaño Valdez 2011: 688), lo que abriría la puerta a un control judicial sobre el fondo de lo resuelto en el arbitraje; sin embargo, también se ha argumentado que la anulación de laudo tiene por objeto la garantía del debido proceso en sede arbitral (Arrarte Arisnabarreta 2007:100), razón por la cual se hace uso de fórmulas abiertas o generales, ya que numerar los múltiples supuestos en que el debido proceso se vería afectado es una tarea casi imposible.

c) **Iniciativa de parte en la alegación y acreditación de las causales de anulación.**

Dado que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias privado, la regla general es que corresponde a iniciativa de parte alegar y probar la causal de anulación invocada como sustento de su demanda.

Sin embargo, según Esteban Alva Navarro esta regla general admite y exige una distinción: si estamos frente a motivos de anulación de interés privado o si estamos frente a causales de alegación de interés público (Alva Navarro 2011:92). Si estamos frente a una causal establecida en resguardo del interés privado, regirá la regla general aludida, en cambio si el motivo de anulación es de interés público Esteban Alva sostiene que la misma deberá ser apreciada de oficio por el juez, en tanto en dichos motivos de anulación están involucrados los intereses del Estado (2011: 93).

El tema de la prueba de las causales es con sustancial a todo proceso, como el que se desarrolla a propósito de la anulación de laudo; pues siendo éste un proceso que se desarrolla ante los fueros del Poder Judicial, cabe la aplicación de lo dispuesto en el artículo 196 del Código Procesal Civil que prescribe que: “[...]la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”, siendo consecuencia lógica de no probar los hechos que sustentan la pretensión el que “[...] la demanda [sea] declarada infundada” (artículo 200 del Código Procesal Civil).

d) **Reclamo previo.**

El reclamo previo importa la obligación a cargo de las partes, sustentadas en la buena fe procesal, de poner en conocimiento de los árbitros, en la primera oportunidad, de aquellos cuestionamientos al desarrollo del arbitraje, con la finalidad de que sea al interior del propio arbitraje y no vía su control judicial que se subsanen los vicios que posteriormente pueden servir de fundamento a la formulación de un recurso de anulación. Al mismo tiempo, con el reclamo previo, se busca limitar al máximo el control judicial posterior, pues

se ha establecido que aquella causal que no ha sido invocada al interior del arbitraje, no puede luego ser motivo de anulación del laudo (Alva Navarro 2011: 98-99).

Como sustento de esta exigencia del reclamo previo se han señalado tanto a la buena fe procesal a la que ya aludimos, así como a la doctrina de los actos propios, según la cual, nadie puede actuar contra sus propios actos.

En este entendimiento, si el litigante advirtió el vicio que posteriormente alega como causal de nulidad y no lo hizo valer de manera expresa y oportuna ante los árbitros, quiere decir que en el fondo ha consentido dicho vicio, por lo que es contrario a su propia actuación y contrario a la buena fe que pretenda luego basar su demanda de anulación de laudo arbitral en esa misma causal.

A efectos de ejemplificar la importancia del reclamo previo citamos como ejemplo lo expuesto por la Primera Sala Civil Subespecializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, cuando al momento de analizar una causal de anulación –el Tribunal Arbitral se constituyó contraviniendo el acuerdo de las partes- advierte que ésta no fue objeto de reclamo previo ante el propio Tribunal Arbitral:

“UNDECIMO.- [...] no aparece de los autos acompañados que conforman el expediente arbitral, alguna articulación presentada por el consorcio demandante en los que se haya cuestionado ante el Tribunal Arbitral, en primer término si competencia para conocer y decidir la controversia a él sometida, o se haya cuestionado su nombramiento, en segundo término, no se advierte que el consorcio a hora de mandante haya cuestionado el incumplimiento del convenio arbitral, en razón de lo que se sometieron libremente a la jurisdicción arbitral (que es especial y extraordinaria) o el incumplimiento de las normas imperativas que a su decir regularían la conformación del colegio, máxime si no aparece cuestionada el acta de instalación del Tribunal Arbitral [...]” (sentencia del 826-2007, del 23 de mayo de 2008, contenida en: Alva Navarro 2011: 421)

Por dicho motivo, el órgano judicial que conoció el RAL rechazó el motivo de anulación.

6.3. Supuestos de procedencia del recurso de anulación del laudo arbitral

Los supuestos de procedencia del RAL están previstos en el artículo 63 del DLA, precepto que dispone:

“El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz,
- b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos,
- c) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo en tre l as p artes o al r eglamento ar bitral ap licable, sal vo q ue d icho acu erdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo;
- d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión,
- e) Qu e el t ribunal ar bitral h a r esuelto so bre materias q ue, d e acu erdo a l ey, so n manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional,
- f) Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional,
- g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral”.

Ahora corresponde evaluar los alcances de cada causal y si éstas pueden sustentarse a partir de la Constitución.

De una lectura de las diferentes causales puede argumentarse que las causales previstas tienen un sustento constitucional. En efecto cuando se pone en duda la propia validez del convenio arbitral lo que en fondo se quiere decir es que la autonomía de la voluntad de alguna de las partes ha sido prestada de manera viciada, afectándose de esta manera la libertad de contratación de la persona, derecho constitucional reconocido en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución. En tanto, indudablemente la causal prevista en el literal b)

está referida a uno de los aspectos del derecho al debido proceso: el derecho de defensa, derechos reconocidos en los incisos 14 y 3 del artículo 139 de la Constitución.

Las causales previstas en los literales c) y g) del artículo 63 del DLA aluden al derecho al procedimiento determinado, derecho reconocido por el artículo 139.2 de la Constitución. Las causales previstas en los literales d), e) y f) están vinculadas con el derecho a un debido proceso, en tanto y en cuanto la materia arbitral es sólo aquella que o ha sido decidida por las partes o que de acuerdo a las leyes de la república es una materia arbitrable; por lo que una decisión sobre aquello que no ha sido sometida a su conocimiento o sobre aquello que no pueden decidir conforme al ordenamiento jurídico, constituye una actuación arbitraria, proscrita por el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Por lo tanto, sí es posible efectuar una lectura constitucional de las causales previstas en el artículo 63 del DLA. Entonces, podría sostenerse una tesis según la cual sólo en estos casos, taxativamente establecidos, el RAL puede convertirse en una vía especial e igualmente satisfactoria, precisamente para salvaguardar los derechos ya mencionados, de terminando la improcedencia del amparo, en virtud de lo establecido en el artículo 5 numeral 5.2 del Código Procesal Constitucional. Esta lectura constitucional de las causales de anulación servirá de sustento para fundamentar la tesis interpretativa débil de la Duodécima Disposición Complementaria del DLA, postulada en el numeral 5 del capítulo II de la presente trabajo.

Aunque para tener un sustento completo, a partir de la tutela de urgencia, debemos mirar la configuración legal del procedimiento diseñado para el RAL en el DLA.

6.4. Procedimiento del recurso de anulación

Las reglas de procedimiento que deberán observar las partes y el juez civil para sustanciar el RAL están contempladas en el artículo 64 del DLA:

- El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo.
- El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original.
- La Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los diez (10) días siguientes, admitido a trámite el RAL, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20).
- Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. La Corte resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.
- Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

El procedimiento previsto no se enmarca dentro de la llamada tutela de urgencia¹³⁹, en tanto el diseño del procedimiento no es sumario, sino que está establecido para lograr una amplia cognición por parte de los jueces que conozcan del RAL, a fin de lograr certeza sobre la causal invocada por el demandante; tampoco se han previsto mecanismos orientados a lograr una mayor eficacia de lo decidido por el RAL, esto se apreciará mejor cuando se revisen los efectos que en caso de estimarse el RAL se han contemplado en el DLA.

¹³⁹ De similar criterio es Omar Cairo, para quien el RAL no cumple el requisito de la idoneidad que debería tener un proceso para calificar como parte de la tutela de urgencia (Cairo Roldan 2011: 41-47).

6.5. Efectos del recurso de anulación de laudo arbitral

De acuerdo a lo previsto en el artículo 65 del DLA la estimación del RAL por parte de la justicia civil acarrea que el laudo cuestionado sea declarado nulo, pero en ningún caso importa una revisión sobre el fondo de lo resuelto, sino que determinará una orden judicial destinada a que el propio árbitro o tribunal arbitral que expidió el laudo vuelva a expedir otro subsanando el vicio u omisión advertida.

Así tenemos que se ha contemplado un efecto de terminado por cada tipo de causal de anulación:

- a. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes,
- b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa,
- c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable,
- d. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes,
- e. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente,
- f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del numeral 1 del artículo 63, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia, y,

2. La anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial”.

Los efectos de la estimación del RAL en su mayoría no están configurados para reponer las cosas al estado anterior a la violación de un bien jurídico constitucional valioso, como pueden ser los derechos fundamentales, sino para otorgar una tutela declarativa de tipo ordinaria, en tanto se busca lograr la plena cognición de los jueces sobre la materia controvertida sometida a su conocimiento. Empero esta regla, tiene excepciones, pues en el caso de la afectación del derecho de defensa o si el tribunal arbitral no se constituyó conforme al acuerdo de las partes o no siguió las reglas establecidas (infracción del procedimiento), se repone las cosas al estado anterior. Por un lado el arbitraje deberá retrotraerse a la etapa en que se produjo la afectación del derecho de defensa, o las partes deberán conformar un nuevo tribunal arbitral, o el propio tribunal deberá subsanar la infracción de procedimiento advertida.

En dicha línea, si bien permite en algunos supuestos reponer las cosas al estado anterior de algunos derechos (como el de defensa, procedimiento preestablecido), el RAL no puede ser considerado solo por ello como un proceso que integre la tutela procesal de urgencia. Ahora bien, resta por determinar si esta característica determina que el RAL pueda o no calificar como vía igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de derechos constitucionales, tal y como lo tiene establecido la Duodécima Disposición Complementaria del DLA y también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Al respecto, cabe señalar que en nuestro medio se ha sustentado que el RAL sí es una vía igualmente satisfactoria que el amparo, por cuanto el mismo se constituye en una vía especializada y sumaria.

Es una vía especializada porque así lo ha dispuesto la Duodécima Disposición Complementaria del DLA; entonces, en vía de anulación, la protección de los derechos que integran la tutela procesal efectiva, ya no es una cuestión accesorio, sino principal, lo que

hace que el RAL sea una vía especializada más para la protección de los derechos constitucionales.

De igual manera, se señala que el RAL es una vía razonablemente sumaria en tanto en ella es más rápida la emisión de una sentencia que en el proceso de amparo. Para sustentar dicha afirmación se usan como ejemplos los casos CODISA e IVESUR que duraron más de tres años en ser resueltos por la judicatura constitucional, a diferencia de un recurso de anulación que dura aproximadamente, en promedio, ocho meses. (García Ascencios 2012: 177-181).

Corresponderá en el capítulo siguiente determinar si, en efecto, el RAL puede o no ser calificado como una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo para la protección de los derechos fundamentales.

En el numeral siguiente de este capítulo, analizaremos algunas sentencias emitidas por la Primera Sala Subespecializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima para evidenciar el tratamiento que han tenido los jueces ordinarios cuando han conocido de pretensiones de anulación de laudo arbitral.

6.6. Jurisprudencia sobre el recurso de anulación

A partir de las sentencias recaídas en recursos de anulación de laudo, contenidas en Alva Navarro (2011: 199-485), extraeremos algunas conclusiones en torno al tratamiento que sobre el mismo realiza la Jurisdicción con Subespecialidad en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En ese sentido, se ha elaborado una matriz (Anexo N° 02) donde se insertan algunos datos de esos casos: número de expediente, fecha de expedición, partes, sentido del fallo y la *ratio decidendi* que lo justifica.

De una revisión preliminar del mismo, se advierte que en sólo en dos de las sentencias reseñadas se ha acogido la pretensión de anulación. El fundamento para estos acogimientos ha sido que el representante de una de las empresas involucradas en el arbitraje, no tenía facultades necesarias para comprometer en arbitraje a su representada (EXP N° 1757-2006, caso 11 del Anexo N° 02); y -de igual manera- que la entidad pública comprometida en el arbitraje no había sido representada por su procurador público (EXP N° 0012-2007, caso 26 del Anexo N° 02).

En los demás casos la anulación del laudo ha sido declarada infundada. Revisando las *ratio decidendi* de los casos se advierte que mayormente las partes invocaban la afectación del derecho de defensa y paulatinamente iban ampliando, interpretativamente esta causal para ubicar otros contenidos del derecho al debido proceso, como el derecho a la prueba o a la motivación de los laudos arbitrales.

Asimismo, puede advertirse del texto de las diferentes sentencias de anulación citadas que, en la motivación de los jueces comerciales ha ingresado la argumentación constitucional; pues se observa una constante invocación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el arbitraje, en particular la paradigmática sentencia del EXP N° 06167-2005-PHC, caso Cantuarias Salaverry; en aquellos aspectos que inciden en la fundamentación constitucional de la arbitraje como una jurisdicción de excepción a la jurisdicción ordinaria; así como de aquellos otros principios –como el de no interferencia– que lo inspiran.

En el mismo sentido, cabe resaltar que cuando ha sido necesario para la resolución del caso, se advierte que hacen uso de citas doctrinales que inciden en la característica esencial del recurso de anulación: ser un mecanismo judicial ordinario de control formal del laudo, incidiendo en la prohibición que tienen los jueces que conocen de la anulación de un laudo de revisar el fondo de la controversia resulta por los árbitros, es decir, la prohibición de emitir juicios o valoraciones sobre el derecho aplicado, los criterios interpretativos adoptados o la prueba actuada en el arbitraje, para resolver el fondo de la cuestión sometida a su conocimiento.

De igual manera, se puede advertir que las partes vía la alegación de afectación del derecho de defensa, el debido proceso, o argumentando que el tribunal arbitral ha laudado sobre materias no sometidas a arbitraje, buscaban en el fondo que los jueces ordinarios revaloren los criterios adoptados por los árbitros y que justificaban las decisiones de éstos contenidas en los laudos. Esto pone en evidencia una tendencia hacia una constitucionalización de los motivos de anulación, coincidente con la lectura constitucional que hemos efectuado en el numeral 6.3 del presente capítulo.

Sin embargo, este accionar de los justiciables puede evidenciar dos cosas íntimamente interrelacionadas: que los árbitros desarrollaron bien el arbitraje y que los casos planteados en anulación no ameritaban un pronunciamiento positivo. De igual manera, esto puede ser indicativo de una articulación de la anulación con efectos dilatorios, es decir, para evitar ejecutar el laudo; pues quien acude a la vía judicial en anulación siempre ha sido quien no ha visto satisfechas sus pretensiones en la vía arbitral. Lo que denotaría un uso tergiversado y de mala fe del recurso de anulación; empero reflexiones de tal tipo escapan a los alcances del presente trabajo.

CAPÍTULO III

AMPARO SUBSIDIARIO Y RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO: ¿ES EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO UNA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA QUE EL AMPARO PARA LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

1. Introducción

En el presente capítulo se abordará las principales líneas de encuentro (y de desencuentro) entre el proceso constitucional de amparo y la institución arbitral, cuando dentro de ésta se lesionan derechos constitucionales.

Si bien el proceso constitucional de amparo procede frente a la lesión o amenaza de lesión de un derecho fundamental; con ocasión de producirse un arbitraje, en el mismo sólo se conjuran lesiones a los derechos fundamentales, más no amenazas de lesión, en tanto los supuestos de amenazas de lesión de un derecho constitucional, dentro de un arbitraje, pueden ser evitados dentro del mismo, utilizando para ello el recurso de reposición previsto en el artículo 49 del DLA¹⁴⁰; recurso previsto para la subsanación de los defectos o apartamiento, por parte de los árbitros, de las reglas de procedimiento establecidas en el convenio arbitral o en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, o en el Reglamento de la Institución que administra el arbitraje al cual las partes se han sometido, o en todo caso de las pautas previstas en el DLA.

¹⁴⁰ Decreto Legislativo N° 1071

Artículo 49.- Reconsideración.

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el Reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.

2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.”

En el presente capítulo también se buscará profundizar más en el llamado amparo arbitral, específicamente en sus aspectos procesales marcados por la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional. Para dicho efecto se revisarán algunas de las sentencias emblemáticas sobre la materia (como los casos CODISA, IVE SUR y Compañía Minera María Julia).

Luego de ello se procederá a realizar un análisis, que incluso contiene un análisis de constitucionalidad, de la Duodécima Disposición Complementaria del DLA, que como se sabe califica al RAL como una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de derechos fundamentales, lo que determina que el amparo, dado su carácter subsidiario, resulte improcedente para lograr dicha finalidad. Para dicho efecto, se presentarán dos tesis (fuerte y débil) interpretativas sobre dicha disposición.

Finalmente, a partir de los criterios establecidos en el capítulo I (riesgo de irreparabilidad y complejidad probatoria) se establecerá si más allá de lo establecido en la legislación y la jurisprudencia constitucional el recurso de anulación de laudo arbitral puede en efecto ser calificado como una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo para la protección de los derechos fundamentales.

2. El proceso constitucional de amparo y el arbitraje

La experiencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional enseña que entre el amparo y el arbitraje se han sucedido una serie de encuentros y desencuentros que terminan una relación por lo demás problemática.

Desde otra perspectiva, este escenario problemático revela la importancia que ha ido alcanzando la jurisprudencia, en especial la constitucional, en el sistema de fuentes de derecho peruano. En efecto, hoy más que nunca para tener una visión integral sobre una determinada institución jurídica, no sólo se debe realizar el análisis de las concepciones doctrinarias que puedan existir sobre dicha institución, ni tan sólo del acierto o equívoco de la regulación legal en relación con dicha base conceptual, sino que ha cobrado auge el

análisis jurisprudencial, es decir cómo es que la referida institución funciona en la práctica, y para ello, un elemento de vital importancia resulta ser la jurisprudencia.

Bajo dicho paradigma, es que se realizará una revisión crítica de las principales sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que ha venido configurando, desde diversas perspectivas, el control constitucional de la actuación arbitral, luego se revisará cuál es la forma de entender el control judicial del arbitraje, vía el RAL, por parte de la jurisdicción ordinaria, para finalmente establecer los límites de el control constitucional de la arbitraje mediante el proceso de amparo.

2.1. ¿En qué supuestos cabe el proceso constitucional de amparo contra actuaciones arbitrales?

La pregunta por los supuestos en que cabe un amparo es la pregunta sobre las reglas de procedencia establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

En dicho sentido, tenemos que en el caso Cantuarias Salaverry (EXP N° 6167-2005-PHC), si bien no se cuestionaba ningún laudo arbitral, el Tribunal a provechó el caso para desarrollar muchos aspectos de las relaciones entre la Constitución y el arbitraje, y dentro de dicho rubro, los presupuestos del control constitucional de él mismo, así señaló en el fundamento 14 que:

“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 versa 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”.

Aquí indudablemente se señala que el RAL se constituye en una vía previa judicial, que debe agotarse antes de acudir al proceso de amparo.

Luego, en la sentencia del EXP N° 04972-2006-PA (caso Corporación Meier SAC y otro) se amplían los supuestos de procedencia para el control constitucional, señalándose que procede el amparo cuando la actuación arbitral vulnera la tutela procesal efectiva, en sus aspectos formales y materiales, cuando el arbitraje ha sido impuesto compulsiva o unilateralmente y cuando las materias sobre las que debe decidir el tribunal arbitral tienen carácter indisponible (por ejemplo derechos fundamentales, temas tributarios o penales, etc.).

Después el Tribunal en el caso PROIME Contratistas Generales SA (EXP N° 4195-2006-PA, fundamento 4), amplió nuevamente los supuestos en que cabía el control judicial del arbitraje mediante el amparo señalando que:

“a) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral; b) Aunque habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), c) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso; d) En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje; e) 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, si no que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo; f) 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”.

Como puede verse en el Tribunal, en un lapso relativamente corto, ha ido ampliando de manera paulatina los supuestos que habilitan el control constitucional, y por ende, a ingresar a conocer el fondo de una demanda de amparo contra laudos arbitrales, llegando inclusive a irrogarse como una facultad excepcional la posibilidad de ingresar a revisar el fondo de lo resuelto en el laudo, siempre que la actuación de fondo de los árbitros resulte manifiestamente arbitraria.

Finalmente, cabe citar el caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia (EXP N° 00142-2011-PA), que además tiene carácter de precedente vinculante, donde el Tribunal da un giro de ciento ochenta grados en su doctrina sobre el control constitucional del arbitraje. En esa dirección, si antes postulaba una tesis permisiva al control constitucional del arbitraje, ahora arguye una tesis negatista que además se muestra respetuosa de la actividad arbitral.

Para dicho efecto, en el fundamento 20 de la sentencia citada ha establecido como reglas, con carácter de precedente vinculante, que: i) el RAL y en su caso el recurso de apelación (en aquellos casos en que resulte procedente interponerlo) son las vías específicas e igualmente satisfactorias para la protección de los derechos constitucionales, determinando la improcedencia del amparo según lo establecido en el numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, ii) si se alega la afectación de los derechos al debido proceso o la tutela procesal efectiva, el amparo es improcedente, debiendo reconducirse vía el RAL conforme al inciso b) del artículo 63 del DLA, iii) la falta de convenio arbitral no podrá ser invocada en el amparo, sino mediante el RAL (artículo 63 literal a) del DLA), iv) cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales o no son de libre disponibilidad, solo procederá el RAL siendo improcedente el amparo, v) la interposición del amparo que desconozca las reglas establecidas no suspende ni interrumpe los plazos

para interponer el RAL o en su caso el recurso de apelación conforme a las reglas de la LGA, y, vi) contra lo resuelto en el RAL sólo podrá interponerse el amparo conforme a las reglas previstas en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

Estas reglas prohibitivas del amparo sólo tienen tres supuestos de excepción (fundamento 21), es decir sólo procedería cuestionar un laudo arbitral mediante un proceso de amparo cuando se presente: a) la vulneración directa o frontal de los precedentes establecidos por Tribunal Constitucional, b) cuando el tribunal arbitral ha aplicado control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o por el Poder Judicial, y c) si se afecta el derecho de un tercero, salvo que se encuentre bajo los alcances del artículo 14 del DLA¹⁴¹.

Este cambio jurisprudencial resulta cuestionable al menos por dos argumentos:

- a) El razonamiento empleado por el Tribunal para justificar dichas reglas no parte desde la Constitución, sino de la ley, específicamente desde la Duodécima Disposición Complementaria del DLA, que califica al RAL como la vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos constitucionales afectados mediante la actuación arbitral.
- b) No se ha evaluado si el RAL se ajusta o no a la llamada tutela procesal de urgencia, habida cuenta que es dicho argumento el que sirvió a los autores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional para justificar el cambio de modelo hacia un amparo subsidiario.

Por otro lado, y a pesar de este importante cambio jurisprudencial, Samuel Abad ha seguido sosteniendo que el RAL no es una vía paralela, sino una vía previa al amparo, y que la

¹⁴¹ LPA, artículo 14.- El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio está relacionado. Se extiende también a quienes pretenden derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Duodécima Disposición Complementaria lo que en realidad hace, con una mala técnica legislativa ciertamente, es establecer la obligatoriedad de agotar el recurso de anulación como vía judicial previa al amparo. En ese sentido, tiene dicho que la disposición citada: “[...] dispone que siempre debe agotarse el recurso de anulación como paso previo para acudir al proceso de amparo”, es decir, “Lo único que hace la nueva norma es precisar que siempre que se pretenda cuestionar un laudo arbitral o una decisión que al interior de un proceso arbitral afecte algún derecho fundamental deberá agotarse previamente el recurso de anulación” (Abad Yupanqui 2011a: 138).

De igual manera, a propósito de la sentencia del caso Compañía Minera María Julia S.R.L. Samuel Abad ha sostenido que el Tribunal Constitucional no sustenta adecuadamente las razones que lo llevan a afirmar que el RAL es una vía igualmente satisfactoria. Recuerda que la finalidad del RAL no es tutelar derechos fundamentales, pero que para el Tribunal sí lo sería, por lo que en la práctica el precedente amplía los motivos o causales de anulación de laudo arbitral. De igual modo, sostiene que a su entender el RAL no califica como una vía procesal igualmente satisfactoria, porque su interposición no suspende la ejecución del laudo, no permite incoar las mismas medidas cautelares que en el amparo. Por lo que advierte vacíos en la motivación de l Tribunal Constitucional (Abad Yupanqui 2011b: 37-38).

2.2. Amparo y control judicial del laudo arbitral. Líneas jurisprudenciales

De acuerdo a la revisión realizada en el acápite precedente, puede observarse que la preocupación de l Tribunal Constitucional, no exenta de críticas, se ha centrado en ir precisando y de limitando los supuestos en que cabe utilizar un proceso de amparo para tutelar los derechos vulnerados en un arbitraje, con la finalidad de limitar su uso y encuadrarlo dentro de la concepción del mismo como un proceso subsidiario.

Al mismo tiempo, puede observarse que en la jurisprudencia del Supremo intérprete de la Constitución, el RAL ha sido concebido tanto como una vía previa así como una vía paralela (Wong Abad 2013: 85-94). El recurso de anulación ha sido concebido como una

vía previa, a partir de la doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia del caso Cantuarias Salaverry, en tanto se exige su agotamiento para tener expedito el uso del proceso de amparo.

En cambio, a partir del caso Sociedad Minera María Julia, el recurso de nulidad se concibe como una vía paralela, en tanto se considera que el mismo es un mecanismo procesal concurrente con el amparo para la tutela de los derechos fundamentales, al ser considerado como una vía igualmente satisfactoria que el proceso constitucional.

2.3. Límites al control constitucional del arbitraje mediante el proceso constitucional de amparo

2.3.1. Prohibición de revisión del fondo de lo resuelto en el laudo

El proceso constitucional de amparo, en tanto proceso de tutela de derechos, tiene como finalidad la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (artículo II del Código Procesal Constitucional). Por lo que el análisis que se desarrolla dentro del proceso está orientado a determinar si el acto reputado como lesivo vulnera o no el contenido normativo del derecho constitucional invocado en la demanda.

La consecuencia natural de que una demanda de amparo sea declarada fundada es que, cuando esto es posible, se ordene la reposición de las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho lesionado, es decir que se restablezca su ejercicio (artículo 1 del Código Procesal Constitucional).

En términos prácticos, si una persona ha sido privada arbitrariamente de su libertad (sin que medie flagrancia de la comisión de un delito o sin mandato judicial) la consecuencia es que la orden judicial ordene su inmediata liberación; o si un trabajador ha sido despedido sin que su empleador le haya imputado una causa justa de despido o no cuando se ha seguido el procedimiento establecido, la consecuencia es que se ordene su reposición al centro de

trabajo. En uno y en otro caso, se ha restablecido el ejercicio de un derecho constitucional lesionado: la libertad individual y el derecho al trabajo.

Ahora bien, cuando estamos frente a un supuesto de control constitucional del arbitraje, es decir, cuando dentro de un arbitraje se lesiona un derecho fundamental, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido uniforme al señalar que cuando se declara fundada la demanda el juez constitucional no entra a analizar el fondo de lo decidido por los árbitros (ver capítulo II). Esto es, que el juez constitucional no juzga ni la corrección o incorrección de lo decidido (su justicia o injusticia). Es decir, no se evalúa si la norma legal, o su interpretación, son las pertinentes para resolver caso. Tampoco se analiza si los medios probatorios elegidos para laudar fueron los adecuados, o si los elegidos fueron debidamente valorados al momento de resolver. Ya que esto, además de ingresar a evaluar el fondo de la materia sometida a arbitraje, implicaría entrar a evaluar aspectos de la legalidad ordinaria, ajenas al control constitucional de un acto lesivo, donde lo que se busca determinar es si dicho acto vulnera o no el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado en la demanda.

En dicho sentido, tenemos que en el caso PROIME Contratistas Generales S A, en el fundamento 4 de la sentencia del EXP N° 04195-2006-PA, se puede leer entre las reglas que determinan la improcedencia de la demanda de amparo contra el arbitraje que:

“c) 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. En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje”.

“d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo”.

Desde la perspectiva de la argumentación jurídica, en estas reglas podemos ver que se está sustrayendo del control constitucional la determinación y corrección de la premisa mayor (normativa) y la premisa menor (fáctica) del razonamiento jurídico, por lo tanto, si no son pasibles de control constitucional la corrección o incorrección de las premisas de l razonamiento que dan pie a la decisión, evidentemente ésta no puede ser objeto de control constitucional.

Por otro lado, la exclusión del control constitucional del fondo de lo resuelto mediante el arbitraje tiene un sustento constitucional: la autonomía de la voluntad de las partes. La autonomía de la voluntad de las partes se sustenta en la plena libertad que tienen los sujetos para hacer aquello que no está prohibido, ni impedidos de hacer aquello que no está ordenado.

Asimismo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra garantizada por el artículo 62 de la Constitución que establece que los términos contractuales no pueden ser modificados, de manera unilateral, por leyes posteriores.

De la misma manera, la autonomía de la voluntad de las partes, reconocida constitucionalmente, determina que la controversia se sustraiga del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, en tanto “Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley” (artículo 62 de la Constitución).

Esta disposición constitucional establece que los conflictos contractuales pueden ser solucionados o en la vía judicial o en la vía arbitral a elección de las partes, conforme se haya pactado en el mismo contrato. Por lo tanto, si las partes deciden sustraer una de sus controversias del conocimiento de la jurisdicción del Poder Judicial, resulta contradictorio establecer que mediante el control judicial posterior, ordinario o constitucional, se pueda realizar un control sobre el fondo de lo decidido.

El límite del control constitucional, viene dado por la finalidad del amparo, que no es otra sino garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales, frente a un acto presuntamente lesivo. Entonces, la consecuencia de que se verifique dentro de un arbitraje que se ha lesionado un derecho constitucional es restablecer su ejercicio, esto es deberá declararse la nulidad de todo lo actuado, incluyendo el laudo arbitral, hasta que el momento en que la lesión al derecho se verificó, con la finalidad de que se rehagan las actuaciones arbitrales, pero esta vez respetando el derecho constitucional lesionado.

En este contexto caben dos supuestos distintos: que se lesione un derecho constitucional sustantivo y/o que se lesione un derecho constitucional procesal. En uno y otro caso debe determinarse cuál es el contenido normativo del derecho. Luego, se deberá establecer si dicho contenido ha sido lesionado o no por la actuación arbitral cuestionada. Para estos efectos, corresponde al demandante exponer –en su escrito de demanda– con precisión el acto o actuación arbitral que presuntamente lesiona su derecho constitucional.

En dicha lógica el Tribunal, en el mismo caso citado, en el literal e) del fundamento 4 de la sentencia recaída en el EXP N° 04195-2006-PA, tiene establecido que: “Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite de 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”.

A pesar de esta regla jurisprudencial de ir revisabilidad de lo resuelto mediante el laudo arbitral, el Tribunal Constitucional en un caso ha emitido pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión controvertida sometida a conocimiento de los árbitros.

Durante la vigencia de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, se generó una gran polémica cuando el Tribunal Constitucional en el caso Compañía Distribuidora S.A. (CODISA), resuelto mediante la sentencia de fecha 5 de octubre de 2009, recaída en el EXP N° 05311-2007-PA, declaró fundada la demanda de amparo y no sólo se pronunció sobre la lesión de los derechos constitucionales invocados en la demanda, sino que enjuició

la corrección de la decisión de fondo de la controversia, contenida en el laudo arbitral de derecho de fecha 12 de agosto de 2004, y corregido por Resolución N° 20, de fecha 20 de agosto de 2004¹⁴².

Como se sabe, CODISA adquirió a la Empresa Nacional de Turismo un conjunto de unidades hoteleras (situadas en Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos), comprometiéndose a realizar inversiones en las mismas a efectos de incrementar su valor. En el desarrollo de la relación contractual, la Empresa Nacional de Turismo cedió su posición contractual a favor de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE). Ante el incumplimiento por parte de CODISA de la inversión comprometida, COFIDE inició un proceso arbitral en su contra. Este arbitraje culminó con el laudo arbitral que ordenaba a CODISA que pague a favor de COFIDE la suma de \$/.36'000,000.00 (Treinta y seis Millones de Dólares Americanos) por concepto de penalidad, pues habría incumplido con lo establecido en la cláusula octava de los cuatro contratos de compra venta que suscribió con dicha entidad, esto es, promover la inversión de las unidades hoteleras de Chimbote, Huaraz-Monterrey, Ica e Iquitos, en su calidad de compradora de las mismas.

En este caso el Tribunal Constitucional, a partir de las alegaciones contenidas en la demanda, consideró que existieron dos vicios que ameritaban un pronunciamiento favorable a la pretensión de CODISA.

En primer lugar, se consideró que hubo un evidente abuso de derecho al haberse determinado en el laudo arbitral pagar la suma de \$/.36'000,000.00 millones de dólares americanos por concepto de penalidad, ya que estimó desproporcionada esta suma en relación con el valor de la compra de las unidades hoteleras.

En segundo, en la argumentación de la sentencia se estableció como premisa que el hecho de que una de las partes haya acordado que una obligación le resulte vinculante, esto

¹⁴² La sentencia de este caso se constituye por los votos de los Magistrados Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Mesía Ramírez que concurrentemente declaran fundada la demanda. A la sentencia se acompaña el voto singular del Magistrado Landa Arroyo quien se pronuncia por declarar improcedente la demanda.

implique necesariamente su carácter indiscutible. A partir de la misma se manifestó que, más allá de que el contenido de dicha obligación (la prestación) incida o no en temas de estricta constitucionalidad, no puede avalarse, menos aún convalidarse, que el ejercicio de un derecho fundamental, como la libertad de contratación, se instrumentalice como fuente de legitimación de los excesos.

Seguidamente, el Tribunal recordó que la Constitución prohíbe el abuso del derecho, que además de proyectarse en el ámbito de los derechos subjetivos de fuente legal, también incide en la forma de ejercicio de los derechos fundamentales, pues en última instancia para que el ejercicio de un derecho fundamental sea legítimo, éste no puede desvirtuar su propia finalidad constitucional (EXP N° 05311-2007-PA, fundamento 21).

Siguiendo con su razonamiento y a propósito de lo establecido en la cláusula penal, el Tribunal sostiene que el atraso en la inversión correspondiente por cada unidad hotelera se cuantificaba en \$/.100,000.00 (Cien con 00/100 mil dólares americanos) mensuales, que operarían de forma acumulativa y sin tope alguno. Sobre esa base y teniendo en cuenta el período transcurrido entre la suscripción del contrato (05 de julio de 1994) y la fecha de emisión del laudo arbitral (12 de agosto de 2004), la deuda acumulada -pendiente de pago- de la demandante ascendía a los \$/.36'000,000.00 (Treinta y Seis con 00/100 millones de dólares americanos), suma que inclusive tendría que haberse actualizado por el transcurso del tiempo (considerando la fecha de emisión del laudo y la de la sentencia del propio Tribunal) (EXP N° 05311-2007-PA, fundamento 22). Entonces, el Tribunal concluye que: “Pretender que una desproporción de la naturaleza señalada (desproporción tomando en cuenta el precio real y conjunto de los cuatro hoteles) pueda pasar por inadvertida y que incluso, se torne en ilimitada, es algo que no puede de ninguna manera legitimarse.” (EXP N° 05311-2007-PA, fundamento 23)¹⁴³.

¹⁴³ En el fundamento 15 del voto dirimente del Magistrado Mesía puede leerse, en un sentido similar al de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, que: “teniendo presente el monto que se pactó como cláusula penal, es timo que es te resulta excesivamente oneroso y que, por el lo, constituye una amenaza cierta e inminente de vulneración del derecho de propiedad de la Sociedad demandante en caso se exija, supuesto que ha sucedido en el proceso arbitral. Por dicha razón, considero que la exigencia del monto de la cláusula penal constituye una confiscación encubierta que no debe ser permitida ni avalada, toda vez que el artículo 103° de la Constitución prescribe que no se ampara el abuso del derecho y, en el caso de autos, se demuestra

En segundo lugar, se concluyó que en el caso existía una lesión del derecho a la prueba. Para dicho efecto se argumentó que, en tanto el Tribunal Arbitral tenía al frente dos peritajes de parte, entre los que no existía coincidencia en torno al valor del monto invertido por parte de CODISA en las unidades hoteleras¹⁴⁴, se debió acudir a una pericia dirimente. En palabras del Tribunal:

“En dicho contexto y siendo evidente no solo el contraste entre las conclusiones de ambas pericias de parte sino la notoria incoincidencia que ante un supuesto incumplimiento se generaría tras la aplicación de la anteriormente citada cláusula penal, lo razonable o compatible con el sentido común era exigir una pericia dirimente, opción que sin embargo y en ningún momento fue tomada en cuenta por el Tribunal Arbitral, de notándose por el contrario y con el citado comportamiento un notorio proceder parcializado” (EXP N° 05311-2007-PA, fundamento 25)¹⁴⁵

Por estas razones, la demanda fue declarada fundada. Sin embargo, y a pesar de la aparente corrección de los argumentos vertidos por la mayoría de Magistrados que hacen sentencia, debe advertirse que en uno y otro caso se ha ingresado a valorar el fondo de lo resuelto por el Tribunal Arbitral, desvirtuando una de las reglas establecidas en la propia jurisprudencia precedente del Tribunal Constitucional.

claramente que la redacción de la cláusula constituye un ejercicio abusivo e ilegítimo del derecho a la libertad de configuración interna del contrato”.

¹⁴⁴ El Tribunal lo expresa con las siguientes palabras: “[...] COFIDE presentó un Informe Pericial emitido por Páñez, Chacaliza, Barreda S.C. de acuerdo con el cual la demandante no habría invertido lo necesario en las cuatro unidades hoteleras que le fueron adjudicadas, esta última ofreció un Informe contrapuesto evacuado por Roldan & Ramirez Contadores según el cual se habría invertido por parte de CODISA la cantidad de \$/. 2'118,890.00 Dólares Americanos, restando únicamente por abonar un monto mínimo de \$/. 201,111.11 Dólares Americanos” (EXP N° 5311-2007-PA, fundamento 25)

¹⁴⁵ En el fundamento 12 del voto dirimente del Magistrado Mesía Ramírez puede leerse, en sentido similar, que: “[...]si el Tribunal Arbitral tenía dos pericias contradictorias, por sentido común, racional e imparcializado (sic), debió haber mandado a actuar una pericia dirimente a efectos de tener la suficiente certeza y convicción al momento de fallar, lo cual no sucedió en el presente caso. Es más, el Tribunal Arbitral pudo haber realizado una inspección en los hoteles para verificar si el compromiso de inversión había sido, o no, cumplido”.

En dicho sentido, a partir de la observación del Magistrado Landa Arroyo en su voto singular, podemos afirmar que la mayoría está enjuiciando la valoración que sobre los hechos ha realizado el Tribunal Arbitral, de esta manera se está transgrediendo la regla que determina la improcedencia de una demanda de amparo prevista en el literal d) del fundamento 4 de la sentencia del caso PROIME Contratistas Generales S.A. (EXP N° 4195-2006-PA).

Para sustentar su voto singular, el Magistrado Landa Arroyo realiza un análisis de la pretensión formulada por la empresa de mandante y entre sus conclusiones señala que: “[...]cuando [CODISA] aduce que las pruebas aportadas por ésta no han sido meritadas en el procedimiento arbitral, está cuestionando la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje, lo cual conforme se ha mencionado, es competencia exclusiva de los árbitros y no puede ser materia de revisión mediante el proceso de amparo [...]” (fundamento 8 del voto singular del Magistrado Landa Arroyo a la sentencia recaída en el EXP N° 05311-2007-PA).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional conoció y resolvió un caso donde se cuestionaba la independencia de uno de los miembros del Consejo Superior de Arbitraje (CSA) de la Cámara de comercio de Lima, señor Alonso Rey Bustamante (que había sido representante, asesor y abogado de una de las partes involucradas), así como la imparcialidad del árbitro designado por éste, Jorge Vega Velazco, para participar en el arbitraje que involucraba a GALASHIELS S.A. contra IVESUR S.A. y LIDERCOMS.L., que actuaron como codemandadas (sentencia del EXP N° 02851-2010-PA, caso IVESUR S.A.).

En el caso, si bien no existió un pronunciamiento sobre el fondo de lo resuelto en el arbitraje, cabe llamar la atención sobre el hecho de que el Tribunal al decretar la nulidad de las resoluciones del CSA, que rechazan los pedidos de nulidad de la designación del árbitro Jorge Vega Velazco, también decreta la nulidad de los actos en los que éste participó, incluyendo –desde luego– el laudo arbitral que resolvió la controversia.

Como es de conocimiento público, esta decisión generó una gran controversia en la comunidad arbitral, pues se dejó sin efecto -de manera indirecta- un laudo arbitral sin entrar a evaluar la constitucionalidad de las actuaciones arbitrales que lo generaron. De la misma forma, se cuestionó que el Tribunal Constitucional decretara la nulidad de un laudo arbitral, sin haberse agotado el recurso de anulación, a pesar que -a esa fecha- era exigible el agotamiento de la vía previa constituida por el recurso de anulación (o apelación, en caso así lo hayan acordado las partes)¹⁴⁶.

Finalmente, se cuestionó que el Tribunal obviara justificar por qué consideraba que en el caso existían dudas sobre la imparcialidad del árbitro Jorge Vega Velazco, si en la sesión del CSA en la que fue designado como árbitro no participó el señor Alonso Rey Bustamante, miembro del CSA cuya independencia (por haber sido representante, asesor y abogado de una de las partes) era cuestionada.

Cabe precisar que, aunque ya estaba vigente el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, en el caso por razones de temporalidad se optó por aplicar de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, pues fue esta norma la que reguló el arbitraje y estuvo vigente al momento de interponerse el proceso de amparo comentado (sentencia del EXP N° 2851-2010-PA, caso IVESUR SA, fundamento 4).

Debido a esta circunstancia, el Tribunal no ingresa al análisis de la Duodécima Disposición Complementaria del mencionado Decreto Legislativo, que califica al recurso de anulación del laudo arbitral como una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o lesionado en el curso del arbitraje o con el laudo.

¹⁴⁶ En la sentencia, el Tribunal manifiesta que en el caso no resultaba exigible el agotamiento de la vía previa, el recurso de anulación del laudo, en tanto en la LGA, no existía como causal de anulación “el cuestionamiento conjunto sobre la falta de independencia en el acto de elección de los árbitros y la derivada presunta parcialidad de estos con una de las partes”, por ello “en el caso de autos se presenta una situación excepcional que no encuentra vía previa regulada o establecida para ser recorrida. Por ello, estando a que la vía previa para el cuestionamiento de las materias postuladas en el presente caso no se encuentra regulada, le resulta inexigible a la recurrente recorrerla para habilitar el presente proceso de amparo (sentencia del EXP N° 2851-2010-PA, caso IVESUR SA, fundamentos 8 y 10)

El análisis de esta norma procesal recién la efectúa en el caso de la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia: sentencia recaída en el EXP N° 00142-2011-PA, que además tiene carácter de precedente constitucional vinculante.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional modifica su doctrina jurisprudencial y las reglas de procedencia del amparo contra actuaciones arbitrales.

Un cambio significativo lo representa, qué duda cabe, el cambio de concepción sobre el recurso de anulación de laudo arbitral. En efecto, a partir del caso reseñado, el Tribunal ya no lo califica como una vía previa al amparo, sino como una vía paralela al proceso constitucional. Para proceder de esta manera se recurre, sin dudar, a la Dodecésima Disposición Complementaria del DLA.

Para los efectos de este acápite, cabe señalar que el Tribunal ratifica la doctrina jurisprudencial precedente que establece la imposibilidad para el juez constitucional de revisar el fondo de la controversia resuelta por los árbitros. En dicho sentido, tenemos que en el último párrafo del fundamento 21 de la sentencia del EXP N° 00142-2011-PA se establece que:

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

Por lo tanto, el Tribunal está ratificando la regla jurisprudencial que prohíbe que mediante el proceso de amparo se revise el fondo de la controversia resuelta por los árbitros. Sin embargo, creemos que esta posición se contradice con las reglas de procedencia del amparo contra laudos arbitrales establecidas en el mismo fundamento, en tanto mediante ellas se da pie a una revisión de la premisa mayor –la premisa normativa– del razonamiento jurídico empleado por los árbitros.

Para demostrar nuestra afirmación, empecemos por reproducir las reglas de procedencia del proceso de amparo contra laudos arbitrales, establecidas en la sentencia bajo análisis:

“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 de la Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustenta en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N.º 1071” (EXP N.º 0142-2011-PA, fundamento 21)¹⁴⁷

Nuestra posición se sustenta en el análisis de las causales contenidas en los literales a) y b), establecidos como supuestos de procedencia del amparo contra laudos arbitrales.

En principio, debemos recordar que desde la teoría de la argumentación jurídica se tiene establecido que todo razonamiento jurídico está conformado por una justificación interna y una justificación externa. La primera es el correcto paso de las premisas normativas y fácticas hacia la conclusión, en tanto que la justificación externa alude a la corrección en la construcción de las premisas del razonamiento, tanto las normativas como las fácticas.

Los principales problemas de la argumentación jurídica se presentan en el plano de la construcción de las premisas, es decir en su corrección argumentativa. En dicho sentido, mientras que la premisa normativa se construye a partir de la selección e interpretación de

¹⁴⁷ Sobre el supuesto de procedencia del literal a), cabe señalar que la expresión “vulneración directa o frontal de los precedentes” es un tanto ambigua, pues no se sabe con certeza si con ella se alude a la no aplicación, a pesar de ser aplicable, o al hecho de resolver en un sentido distinto a lo señalado en el precedente, lo que de alguna manera también constituye un supuesto de no aplicación del precedente.

la disposición jurídica pertinente que resuelve el caso, la corrección de la premisa fáctica supone que los hechos del caso estén debidamente acreditados (probados).

En dicho contexto, en la construcción de la premisa normativa además de jugar un papel central las disposiciones jurídicas contenidas en fuentes legales, reglamentarias o convencionales (contratos, negocios jurídicos), también juegan en primera línea las fuentes jurisprudenciales, esto es, los precedentes vinculantes y, por qué no, la doctrina jurisprudencial. Es más, un solo precedente vinculante puede constituir la premisa normativa del razonamiento jurídico que contiene la solución de un caso. Por ejemplo, si echamos una rápida mirada a la frondosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la pensión, resultará sencillo constatar que el precedente vinculante contenido en el EXP N° 01417-2005-PA, caso Anicama Hernández, constituye la premisa normativa para decidir tanto la procedencia como la improcedencia de las demandas de amparo que invocan la lesión del derecho a la pensión.

Entonces, siguiendo las reglas establecidas en el nuevo precedente, si en un caso el tribunal arbitral al momento de construir su premisa normativa vulnera un precedente constitucional vinculante o inaplica, vía control difuso, una norma declarada constitucional por el mismo Tribunal Constitucional o por el Poder Judicial¹⁴⁸, la decisión a la que se arriba a partir de esa premisa podrá ser objeto de control constitucional.

En buena cuenta, esto significa que, mediante el control constitucional, podrá controlarse el fondo de lo decidido mediante el laudo arbitral. Evidentemente, estos supuestos de procedencia (que finalmente son reglas procesales), dejan sin mayor sustento aquella afirmación de que *“En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje”*. Esto, en la medida que no hay mayor control sobre el fondo de una controversia que la reevaluación (enjuiciamiento) del criterio jurídico utilizado para resolver un caso, criterio que por lo demás se encuentra contenido en la premisa normativa de todo razonamiento jurídico.

¹⁴⁸ En estos casos la aplicación de la norma declarada constitucional tendría un doble grado de exigencia: por ser la aplicable al caso y por haber sido ratificada en su constitucionalidad.

A este argumento podría objetarse, mediante un estudio empírico, que los precedentes vinculantes expedidos a la fecha por el Tribunal Constitucional son pocos (a la fecha la mayor parte de ellos establecen reglas procesales de procedencia de los procesos constitucionales, en particular el amparo) y que el riesgo de injerencia constitucional sobre el fondo de lo resuelto por un tribunal arbitral es mínimo, pero no puede negarse que el riesgo existe.

Finalmente, si lo que se ha querido evitar mediante el precedente es reducir el uso del amparo para cuestionar un laudo arbitral o un arbitraje, creemos que esto no se logra habilitando el control constitucional de la premisa normativa del razonamiento que emplean los árbitros para resolver las controversias que se les someten a su conocimiento. Más, si como ya se advirtió, el fundamento de la prohibición de revisar el fondo de la materia controvertida en el arbitraje, es el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, que como derecho subjetivo goza de reconocimiento constitucional mediante el derecho general de libertad contenido en el numeral 24 literal a) del artículo 2 de la Constitución, así como mediante el derecho de libertad de contratación contenido en el numeral 14 del artículo 2 y en el artículo 62 de la Constitución, que además reconoce expresamente al arbitraje como una alternativa privada al proceso judicial para la resolución de los conflictos derivados de un contrato (y por extensión de cualquier relación jurídica patrimonial, siempre que el objeto de la misma sea de libre disponibilidad de las partes conforme a derecho).

Entonces, y a modo de conclusión, podemos afirmar que el espectro de control constitucional de la arbitraje mediante el proceso constitucional si bien aparece limitado formalmente, pues se ha establecido como regla la prohibición de revisión del fondo de lo resuelto por los árbitros, se ha habilitado, aunque de manera excepcional, la posibilidad de dicha revisión, siempre que el tribunal arbitral desconozca un precedente constitucional o inaplique una norma cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional o por el Poder Judicial. Con lo que la protección de la arbitraje, específicamente de la decisión contenida en el laudo, dispensada por la fuente legal se ha relativizado por vía jurisprudencial.

3. Sustento de la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071

Entre las novedades que trajo el Decreto Legislativo N° 1071 (DLA) a la regulación sobre el arbitraje hasta entonces vigente, fue una disposición expresa que tiene como objetivo reducir -cuando no eliminar- todo tipo de control constitucional sobre las actuaciones arbitrales y el laudo mediante el proceso de amparo. Inclusive para el contexto internacional y comparado, dicha disposición resulta por lo demás novedosa.

Hacemos referencia a la Duodécima Disposición Complementaria del DLA que establece: “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”.

Es evidente que esta disposición, que tiene indudables efectos en el régimen de procedencia del amparo frente a laudos arbitrales, tiene una finalidad concreta: como ya se dijo reducir –cuando no eliminar- el control constitucional del arbitraje. A partir de dicha premissa, resulta no solo legítimo, sino necesario, preguntarse por el sustento de la misma.

Tal y como hemos visto en el capítulo II, en lo referente a las diferentes concepciones sobre el arbitraje, nuestro actual DLA, sigue la tendencia a considerar al arbitraje como una institución autónoma que no es ni jurisdiccional ni contractual, aunque su fuente, sin lugar a dudas, es la autonomía de la voluntad de las partes, que además tiene respaldo constitucional (principio general de libertad, derecho fundamental a la libertad de contratación).

Asimismo, como ya lo hicimos en el capítulo II, se advierte que la regulación legal del arbitraje en nuestro país tiende hacia su progresiva esjudicialización, reduciendo -al mínimo necesario- la intervención judicial. Esta desjudicialización se inserta en la

tendencia a autónoma que impregna la ley de arbitraje vigente. Precisamente, en esta tendencia se inserta la Duodécima Disposición Complementaria, pues lo que pretende la misma es blindar al arbitraje frente al control constitucional, permitiendo únicamente el denominado control judicial estricto vía el recurso de anulación.

Sin embargo, a la hora de buscar el fundamento de la Duodécima Disposición Complementaria en la Exposición de Motivos Oficial del DLA, ésta no se encuentra, pero es evidente que obedece a la tendencia autonomista que la impregna.

En dicho sentido, tenemos que en la Exposición de Motivos citada se reconoce que, siguiendo los principios de una reforma parcial a la entonces vigente Ley General de Arbitraje (gestada por una comisión conformada por Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS), la ley busca:

“Reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas. Para ello se propuso fortalecer la defensa de la competencia de los árbitros, priorizar un control ex post del laudo por medio del recurso de anulación y evitar el uso de recursos o intervenciones ex ante del laudo con la finalidad de evadir la obligación de someterse a arbitraje y a la competencia de los árbitros.”

A partir de esta finalidad es posible comprender que la Duodécima Disposición Complementaria tiene como finalidad reducir, cuando no impedir, el control constitucional. Esto en la medida que la consecuencia procesal de la misma es que frente a la vulneración de algún derecho constitucional dentro de un arbitraje, el afectado no debería acudir al amparo, sino que deberá utilizar el recurso de anulación por ser la vía procesal igualmente satisfactoria que el proceso constitucional, lo que determina que la demanda de un litigante que acude al amparo –en vez de hacer uso del RAL- denunciando presuntas afectaciones a derechos constitucionales lesionados en el curso de un arbitraje, sea declarada improcedente.

Sin embargo, no han faltado voces que advierten que el resultado que se espera lograr con dicha disposición, consistente en reducir el control constitucional, finalmente no se lograría pues tal control tendría que efectuarse ahora por medio del RAL.

En dicho sentido, tenemos que Mario Reggiardo Saavedra, a partir de una interpretación sistemática de la causal de anulación de laudo prevista en el artículo 63.1.b (que contempla como causal la afectación a los derechos que no pudieran hacerse valer dentro del arbitraje) y la Duodécima Disposición Complementaria del DLA, argumenta que se amplía el ámbito de aplicación de dicha causal, en comparación con la normativa ya derogada, lo que le lleva a preguntarse cuáles serían los derechos a que se hace referencia en dicha disposición, siendo que la duodécima disposición complementaria de la ley dispone que el recurso de anulación de laudo es el mecanismo para la tutela de derechos constitucionales, por lo que el recurso de anulación procedería para la tutela de cualquier derecho incluyendo el derecho a la tutela jurisdiccional.

El autor considera que esta regla es equivocada, por cuanto:

“(…) se incentiva la interposición de recursos de anulación de laudos donde se pretenda discutir la cuestión de fondo bajo el pretexto de que se han violado otros derechos constitucionales, como el de propiedad o a la libre contratación, por ejemplo, con lo cual existe la posibilidad de que el Poder Judicial revise el fondo de la controversia ya resuelta por los árbitros. En términos procesales, el control de la anulación obedecía primariamente a errores *in procedendo* pero la norma citada lo amplía a cualquier error *in iudicando* si se invoca la afectación a cualquier derecho constitucional” (Reggiardo Saavedra 2009 : 326).

En buena cuenta, la norma citada abre escenarios problemáticos para la seguridad jurídica, que tienen su causa en el

“(…) sentido abstracto y general que tiene la disposición. A mi juicio, eso contradice el sentido que el DLA quiso hacer del recurso de anulación que suponía proceder por causales delimitadas. Así, el objeto del recurso de anulación crece exponencialmente, pues la propia

ley dispone un estándar muy abierto a la interpretación, como lo es la amenaza o vulneración de cualquier derecho constitucional” (Reggiardo Saavedra 2009: 326-327).

Finalmente, el autor citado advierte que si el objetivo de la Duodécima Disposición Complementaria era reducir los amparos que evitaban la ejecución de laudos arbitrales, dicho objetivo no se cumple, por lo que dicha norma resultaría inútil, pues los litigantes podrían ahora obtener el mismo resultado que con el control constitucional vía el RAL en virtud de lo establecido en el artículo 66 de la Ley de Arbitraje: “Si bien en principio ya no es posible interponer demandas de amparo a fin de frustrar la ejecución de laudos arbitrales, la ejecución de los mismos de todos modos se podrá impedir a través de la interposición del llamado recurso de anulación” (Reggiardo Saavedra 327).

No obstante estas advertencias, el autor citado sostiene que la solución a dicha problemática está en manos de los jueces del Poder Judicial “(...) quienes vía interpretación pueden dejar claro que dicho proceso [el de anulación de laudo] sólo puede proteger otros derechos constitucionales cuando ello es consecuencia de una previa violación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” (Reggiardo Saavedra 2009: 328), con lo que está proponiendo una interpretación restrictiva de la expresión “proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo” (énfasis agregado) de la Duodécima Disposición Complementaria. De tal modo que, dentro de su espectro de tutela queden fuera de ella los derechos constitucionales sustantivos, con lo cual el RAL sólo serviría para la tutela de los derechos constitucionales procesales. Esta interpretación nos lleva a la tesis restrictiva moderada del amparo contra resoluciones judiciales.

Siguiendo con el análisis, es legítimo preguntarse lo siguiente: ¿qué sucede si un derecho sustantivo, como el derecho a la igualdad, la propiedad o en fin los principios de razonabilidad y/o proporcionalidad son afectados? ¿Este tipo de afectaciones, al no estar cubiertas por el RAL, serían pasibles de control constitucional vía amparo?

De aceptarse que sí procedería el amparo, se volvería al problema que se quería solucionar con la disposición, la misma que dejaría de tener sentido, pues lo que ella pretendía evitar,

finalmente se permitiría. En un escenario distinto donde sólo cabría el RAL para la tutela de derechos constitucionales procesales y además no sería procedente el amparo, tendríamos un buen puñado de derechos fundamentales que no tendrían instrumento de tutela jurisdiccional, muy a pesar que, como se advirtió en el capítulo I, la presencia de los derechos constitucionales exige su protección jurisdiccional, lo que a su vez justifica la presencia de otro derecho fundamental: el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos.

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que la Duodécima Disposición Complementaria tiene una finalidad concreta: reducir el control constitucional de las actuaciones arbitrales mediante el proceso de amparo. Dado que estamos frente a una medida legislativa que incide en el régimen procesal de protección de los derechos, corresponde analizar si el mismo es constitucionalmente legítimo o no. Para dicho efecto en el siguiente apartado se realizará un análisis de constitucionalidad formal y material de dicha disposición.

4. Análisis de constitucionalidad de la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071

La Duodécima Disposición Complementaria del DLA dispone que: “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”.

Esta disposición puede entenderse como una norma procesal o, de manera específica, como una norma procesal constitucional. Si se entiende a la misma en el segundo sentido, puede cuestionarse su constitucionalidad formal, en tanto la regulación procesal constitucional, entendida a ésta como la regulación sobre los procesos constitucionales (objeto, finalidad, principios, plazos, reglas de procedencia, reglas de procedimiento, legitimación, tipo de procesos, efectos de la sentencia, etc.), sólo puede realizarse vía ley orgánica, según lo dispuesto en el artículo 200 de la Constitución de 1993: “Una ley orgánica regula el

ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas”.

En dicho contexto, dado que la disposición analizada ha sido aprobada mediante decreto legislativo, la misma sería inconstitucional por la forma, en tanto debió haberse regulado mediante ley orgánica, pues la regulación de los procesos constitucionales está sujeta a reserva de ley orgánica.

Esta es la posición de Samuel Abad quien señala:

“es evidente que la nueva LGA, que formalmente es un decreto legislativo no pueda regular ni modificar una materia –como el proceso de amparo- sujeta a reserva de ley orgánica. Por lo tanto, dicha norma en principio resultaba innecesaria y su contenido para ser válido debe ajustarse a lo previsto por la Constitución. Es decir, si la intención del Ejecutivo fue promover un cambio respecto a la regulación vigente sobre el proceso de amparo, ello no resultaría constitucional por presentar un manifiesto vicio de forma. Tampoco podría pretender interpretar normas ya existentes, pues como es obvio las leyes orgánicas no se interpretan ni precisan a través de un decreto legislativo” (Abad Yupanqui 2011a: 137)

Esta posición asume que la Duodécima Disposición Complementaria incide en la regulación de los procesos constitucionales, es decir que de alguna manera impacta en ellos. El impacto más evidente es que calificando al RAL como una vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela de derechos constitucionales, se tiene como consecuencia la improcedencia del amparo, ya que esa es la consecuencia de que exista una vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela de derechos.

Pero si analizamos atentamente las normas y sus consecuencias, la disposición no incide sobre la regulación del amparo, pues la improcedencia del mismo no viene determinada por la Duodécima Disposición Complementaria, sino por lo dispuesto en el artículo 5 numeral 5.2 del Código Procesal Constitucional, ya que es dicha norma la que contempla la improcedencia del amparo como consecuencia jurídica de que exista otra vía específica e igualmente satisfactoria.

Entonces, en este punto puede afirmarse que la Duodécima Disposición Complementaria no impacta en la regulación de los procesos constitucionales. Sin embargo, esto no debe llevarnos a negar que la misma no incide en el régimen procesal de protección de los derechos constitucionales, pero esto ya no es regulación procesal constitucional en estricto, pues la tutela de los derechos constitucionales, si bien tienen como mecanismo privilegiado a los procesos constitucionales, también se logra mediante los procesos ordinarios, de manera directa o indirecta. A modo de ejemplo, podemos señalar que en la regulación del proceso contencioso administrativo existe actualmente un proceso denominado urgente¹⁴⁹ cuya configuración legal lo hace más expedito y sumario que el mismo proceso de amparo¹⁵⁰, aunque reservado para determinadas situaciones: cuando se cuestione actuaciones administrativas no basadas en actos administrativos (vías de hecho), cumplimiento de normas o actos administrativos, y aquellas vinculadas al contenido esencial del derecho a la pensión.

Dentro de este orden de ideas, los procesos constitucionales son una parcela, la más importante de inmediato, de los mecanismos procesales de protección de los derechos constitucionales, que además está integrado por los procesos judiciales ordinarios (civiles, contencioso-administrativos, laborales y penales) cuya finalidad, desde una perspectiva general, es la tutela de las situaciones jurídicas materiales, ya sea que estén reconocidas y reguladas por normas de rango constitucional o infraconstitucional.

Es dentro de este contexto que puede ubicarse la Duodécima Disposición Complementaria, pues es una norma procesal, pero de carácter ordinario que lo que hace es explicitar que el RAL forma parte del régimen procesal de protección de los derechos constitucionales. Esto se logra mediante su calificación legal como vía procesal especial e igualmente

¹⁴⁹ Cfr. los artículos 26 y 27 del DS 013-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

¹⁵⁰ El artículo 27 del DS 013-2008-JUS establece como reglas de procedimiento del proceso urgente las siguientes: “Cualquiera de las peticiones a que se refiere el presente artículo será tramitada, bajo responsabilidad de quien lo pide, como medida urgente previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el Juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro del plazo de cinco días”.

satisfactoria que el amparo para la tutela de los derechos constitucionales lesionados en un arbitraje.

Como se observa más arriba, otro de los argumentos de Samuel Abad para cuestionar la constitucionalidad formal de la duodécima disposición complementaria radica en sostener que la misma estaría interpretando una disposición de una ley orgánica, específicamente el artículo 5 numeral 5.2 del Código Procesal Constitucional ya citado.

Desde la teoría de la interpretación, suele distinguirse en tres “disposición” y “norma”, entendiendo a la primera como el texto contenido en una fuente formal del derecho, en tanto que la segunda expresión viene a ser el significado que puede atribuirse a la disposición (EXP 010-2002-AI, fundamento 35).

Así pues la interpretación tiene como objeto de trabajo a la disposición la que luego de haberse utilizado diversas técnicas y métodos aceptados por la comunidad jurídica, puede dar como resultado una pluralidad de significados, que se constituyen en normas, esto es el resultado de dicha interpretación.

En este orden de ideas, para que estemos frente a una interpretación en sentido estricto, la disposición del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional debe haber sido objeto de interpretación y el resultado, la norma, debe estar contenida en la Duodécima Disposición Complementaria, en tanto como parece afirmar Samuel Abad ésta estaría interpretando a la primera.

Si analizamos atentamente la Duodécima Disposición Complementaria, en ella no se busca aclarar ninguna disposición (entiéndase palabra o concepto) contenida en el numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, sino que se califica a un mecanismo procesal ordinario, el RAL, como una vía procesal específica e igualmente satisfactoria para la protección de los derechos constitucionales. Lo que en modo alguno puede entenderse como interpretación, ya que no estamos ante la aclaración del significado de alguna palabra o concepto contenido en la norma procesal constitucional citada.

Distinto sería el caso si la Duodécima Disposición contuviera una fórmula literal que rezara más o menos así: “Interprétese el numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional en el sentido siguiente...” o “Para los efectos del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, el proceso ordinario será un vía a i gualmente satisfactoria para la tutela de derechos constitucionales sólo si puede evitar que se produzca un perjuicio irreparable para el derecho constitucional lesionado o afectado”, entre otras varias alternativas.

Entonces, la ya tantas veces citada Duodécima Disposición Complementaria no puede entenderse como una disposición interpretativa del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional. Lo único que hace, y es lo que se desprende de su texto, es calificar a un proceso ordinario –el RAL– como una vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos constitucionales lesionados dentro de un arbitraje.

Ahora bien, ya que no estamos frente a una regulación procesal constitucional, sino frente a una regulación procesal en sentido amplio, la misma bien puede hacerse mediante ley ordinaria, ley orgánica e inclusive por medio de un decreto legislativo. En este último supuesto, la calificación como tal será válida siempre y cuando se enmarque dentro de los límites de la ley autoritativa.

En dicho contexto, tal vez podría cuestionarse la constitucionalidad formal de la Duodécima Disposición Complementaria a partir de la interrelación entre el DLA y la ley autoritativa del Congreso que le sirve de fuente: la Ley N° 29157 (publicada el 20 de diciembre de 2007 en el Diario Oficial).

En dicho sentido, tenemos que la Ley N° 29157 tuvo como finalidad otorgar facultades al Poder Ejecutivo a efectos de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú –

Estados Unidos y su Protocolo de Enmiendas (más conocido como “ TLC Perú – EE.UU.”)¹⁵¹.

Para dicho efecto, en el artículo 2 de la ley se otorgó un plazo de ciento ochenta días al Ejecutivo para legislar, mediante decretos legislativos, sobre las siguientes materias: a) facilitación del comercio; b) mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado; c) mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa, para lo cual se solicitará opinión al Poder Judicial, d) promoción de la inversión privada; e) impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades; f) promoción de empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas; g) fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; y, h) mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

El Decreto Legislativo N° 1071, que Norma el Arbitraje, se subsume como parte de las materias contenidas en el concepto de “mejora de la administración de justicia en materia comercial” establecida en el literal c) del numeral 2.1 del artículo 2 de la Ley 29157.

Entonces, cabe preguntarse si la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, puede entenderse como parte de la regulación que busca mejorar la administración de justicia en materia comercial.

Al respecto, debemos precisar que el Acuerdo de Promoción comercial Perú-EEUU en su artículo 21.21 establece como compromiso internacional que:

“1. En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales en particular en el área de libre comercio.

¹⁵¹ Debe mencionarse que la constitucionalidad de esta ley autoritativa ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional (EXP N° 0010-2010-PI, fundamentos 7 y 8).

2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
3. Se considerará que una Parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2, si es parte y se ajusta a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975”

A partir de las disposiciones citadas, podemos entender que la calificación del RAL como una vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela de derechos lesionados dentro de un arbitraje, se enmarca dentro del objetivo de instaurar “procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias”, en consecuencia, dicha calificación implica una mejora en la administración de la justicia en materia comercial, ya que de esta manera se busca evitar la interferencia judicial mediante el amparo, siendo además coherente que el único medio de control judicial, inclusive cuando se trate de la protección de derechos constitucionales, se brindem mediante el RAL y no mediante el amparo, puesto que: “Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de nulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo [...]” (artículo 62 numeral 1 del DLA).

Por lo tanto, la Dodecena Disposición Complementaria del DLA no adolece de inconstitucionalidad formal.

Ahora bien, desde una perspectiva material creemos que la misma tampoco adolece de vicio de inconstitucionalidad, habida cuenta que la calificación de un determinado proceso judicial ordinario como una vía específica e igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales corresponde en línea de principio al legislador -en este caso al legislador delegado-, dada su capacidad de configuración legislativa y de fuente autorizada de derecho.

Si recordamos el concepto de Constitución que asumimos en el capítulo I, tenemos que entendemos por ella a un orden marco fundamental, que establece aquello que puede hacerse (lo constitucionalmente permitido), lo que no puede hacerse (lo constitucionalmente prohibido) y lo que debe hacerse (lo constitucionalmente ordenado). Por lo tanto, corresponde al legislador, en base a su competencia de configuración legislativa, establecer y regular aquello que no está prohibido, pues le está permitido. En dicho orden de ideas, la calificación de un proceso ordinario como vía igualmente satisfactoria que el amparo para la tutela de derechos constitucionales, al no estar prohibida de manera expresa ni tampoco venir ordenada compulsivamente (como puede ser por ejemplo la regulación de los procesos constitucionales mediante ley orgánica), se enmarca dentro de su libertad de configuración legislativa, es decir, que en dicho ámbito el legislador tiene un margen de acción (discrecionalidad) para hacerlo, pero claro respetando los límites formales que pudieran existir. Límites que, como se ha podido ver en el caso analizado, se han respetado.

5. Tesis en torno a la viabilidad del recurso de anulación de laudo arbitral como mecanismo de protección igualmente satisfactorio que el proceso constitucional de amparo para la protección de derechos constitucionales

El dato normativo que da pie a la pregunta de la presente sección es el precepto contenido en la Duodécima Disposición Complementaria del DLA, según el cual: *“Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5º 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”*

A partir de esta disposición creemos que pueden hacerse dos lecturas del mismo, que hasta cierto punto podrían ser consideradas incompatibles entre sí teniendo como parámetro la norma constitucional del artículo 200 inciso 2. Estas lecturas sustentan respectivamente una tesis fuerte y una tesis débil en relación a considerar al RAL como una vía procedimental específicamente e igualmente satisfactoria para la protección de los derechos

constitucionales de las partes arbitrales que determine la improcedencia del proceso de amparo.

Las tesis que se proponen a continuación son estrictamente interpretativas, es decir ambas corresponden a dos normas¹⁵² que pueden desprenderse de la disposición contenida en la Duodécima Disposición Complementaria del DLA.

5.1. Tesis interpretativa fuerte

La tesis interpretativa fuerte pasa por establecer como válida y sin cuestionamientos una interpretación literal de la Duodécima Disposición Complementaria, según la cual el RAL es siempre y en todos los casos la vía igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos constitucionales. A partir de ello, si dentro de un proceso arbitral se lesionan o afectan los derechos constitucionales de alguna de las partes sólo será posible acudir al RAL para obtener la protección judicial de dichos derechos.

Esta parece ser asumida por el magistrado Ernesto Álvarez Miranda, quien un año antes del caso Compañía Minera María Julia S.R.L., señalaba que el cambio de modelo del amparo operado con el Código Procesal Constitucional no había alcanzado a la regulación jurisprudencia del amparo arbitral. Desde esta perspectiva, se postulaba decididamente que el RAL no forma parte del proceso arbitral, sino que representa una vía procesal específica, igualmente satisfactoria que el amparo, de modo tal que no se constituye como vía previa al proceso constitucional; por lo que quien acuda al RAL debe saber que lo que se decida ahí será lo de finitivo, sin posibilidad de acudir posteriormente al proceso constitucional de amparo (Álvarez Miranda y Canales Cama 2010: 40, Álvarez Miranda y Muñoz Hernández 2013: 40). De igual parecer es Jorge Santistevan de Noriega (2011: 26).

¹⁵²Los argumentos que se presentan tienen su punto de partida en la distinción analítica entre disposición y norma, según la cual la disposición es el conjunto de palabras que conforman un enunciado jurídico, en tanto que la norma (que es un mandato deóntico) es el significado o significados que pueden atribuirse interpretativamente a dicha disposición (Cfr. la ya citada sentencia del EXP N° 010-2002-AI, caso legislación antiterrorista, fundamentos 34 y 35)

En esa misma dirección, se ha afirmado que a partir de la Duodécima Disposición Complementaria de la DLA y el numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, la acción de amparo es improcedente por cuanto el recurso de anulación de laudo es la vía idónea para la protección de la “tutela procesal efectiva arbitral”, puesto que los motivos de anulación están vinculados con los componentes esenciales de dicho derecho (Vega Soyer y Pereyra Zaplana 2010: 238, 241, 244).

Entonces, y siguiendo esa línea de razonamiento, únicamente cabe acudir al amparo cuando dentro del trámite del RAL se afectan derechos constitucionales. Empero, en este supuesto ya no es objeto de cuestionamiento el laudo arbitral, sino lo resuelto por los jueces civiles (o comerciales) que conocen el RAL y lo que estará siendo objeto de la controversia será la sentencia de dicho proceso, por lo que estaríamos frente a un supuesto de amparo contra resolución judicial y no de amparo contra laudo arbitral.

A dicha tesis son oponibles las razones ya expuestas en relación al caso María Julia, a las que habría que añadir que: a) la normatividad de la Constitución determina que la solución a los casos concretos provenga a partir de la interpretación de las normas legales e infralegales a partir de lo dispuesto en la Constitución y no interpretar ésta a partir de lo dispuesto en la ley, como en efecto se hace con la tesis fuerte, y b) que la tutela procesal de urgencia, que sustenta a un proceso como el amparo, impone que el diseño legal del procedimiento del RAL sea expeditivo, rápido y sencillo, atendiendo a la importancia de los bienes que debería proteger, si bien puede hacerse una lectura constitucional de los motivos de anulación, el diseño dispensado en el DLA, tanto en el procedimiento como en los efectos de la estimación del RAL, permiten sostener que dicho mecanismo pertenece a la tutela procesal ordinaria, en la medida que busca lograr una plena cognición sobre la materia controvertida sometida a conocimiento del juez ordinario.

5.2. Tesis interpretativa débil

Una tesis interpretativa débil que podría postularse a partir de la misma disposición pasaría por entender que la regla procesal que ella contiene no es absoluta sino relativa, es decir,

que el RAL sólo podría considerarse como una vía procedimental específica e igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos, cuando el motivo del mismo se funde estrictamente en lo previsto como tal en el artículo 63 del DLA.

La constitucionalidad de esta tesis parte por constatar en primer lugar si todas o sólo algunas de las causales de anulación, previstas en el artículo 63 del DLA, tienen relevancia constitucional, ya que sólo en dicho supuesto el RAL podrá convertirse en una vía igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales, ya que si la causal concreta no tiene dicha relevancia, el análisis no es constitucional, y estaríamos dentro del plano legal, donde el amparo nada tiene que hacer, y dónde el RAL será el mecanismo idóneo para cuestionar un laudo arbitral.

En dicho sentido, en el numeral 6.3 del capítulo II, hemos visto que es posible realizar una lectura constitucional de las causales de anulación, por lo que dicha lectura podría hacer del RAL una vía igualmente satisfactoria, en atención a que tendría por objeto la tutela, ciertamente indirecta, de bienes y derechos de relevancia constitucional.

El segundo motivo en el cual puede fundamentarse esta constitucionalidad pasa por establecer, a diferencia de lo postulado por la tesis interpretativa fuerte, una interpretación estricta y no amplia de las causales de anulación, previstas en el artículo 63 del DLA. Nos explicamos.

La tesis fuerte se susenta en una interpretación literal y estricta de la Duodécima Disposición Complementaria del DLA, que señala que el RAL *siempre es* la vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos constitucionales afectados por actuaciones arbitrales, determinando siempre la improcedencia del amparo.

En cambio la tesis débil que sostenemos se susenta en una interpretación flexible de la misma disposición que a su vez es sistemática con los artículos 63 del mismo DLA y 200 de la Constitución. Según esta interpretación el RAL *podrá ser* una vía igualmente satisfactoria *siempre* que las causales de anulación contempladas en el artículo 63 del DLA

tengan relevancia constitucional en el caso concreto, en caso contrario, es decir si el derecho fundamental o bien jurídico constitucional no guarda relación con alguna de las causales establecidas en el artículo 63 del DLA (a los que interpretamos restrictivamente), la vía idónea será el proceso de amparo, en la medida que la Constitución ha dispuesto que dicho mecanismo sea la vía para brindar tutela procesal de los derechos constitucionales.

Creemos que la opción por una interpretación débil de la Duodécima Disposición Complementaria del DLA la compatibilizaría con la Constitución, en la medida que no niega la posibilidad del amparo, sino que condiciona la procedencia del RAL a que los motivos de anulación y el caso concreto puedan realmente tener relevancia constitucional, si el derecho afectado no se encuentra relacionado con alguna de las causales de anulación, la vía idónea para su protección será evidentemente el proceso de amparo¹⁵³.

Entonces, a partir de la tesis interpretativa débil debemos entender que el RAL sólo podría ser considerado como una vía igualmente satisfactoria cuando se entienda en clave constitucional las causales de anulación.

No obstante este entendimiento constitucional de la Duodécima Disposición Complementaria, para poder concluir que en efecto el RAL pueda ser calificado como vía igualmente satisfactoria que el amparo, deberá analizarse el mismo a partir de los criterios establecidos en el capítulo I del presente trabajo: riesgo de irreparabilidad y complejidad probatoria.

¹⁵³ En nuestro medio sigue este criterio Piqué Buitrón (2013: 269, 272): “podemos afirmar que el recurso de anulación se constituirá en la vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado como vulnerado, siempre y cuando tal vía sea eficaz e idónea, puesto que en el supuesto contrario el afectado podrá recurrir al proceso de amparo arbitral, al margen de que la denuncia de afectación no encuadre en los 3 supuestos establecidos en el citado precedente vinculante”, en esta afirmación se alude al caso Compañía Minera María Julia S.R.L. (sentencia del EXP N° 0142-2011-PA).

6. Análisis de los criterios para determinar si el recurso de anulación de laudo es una vía judicial ordinaria igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de los derechos fundamentales lesionados con ocasión de un proceso arbitral.

Si bien en el capítulo II concluíamos que el recurso de anulación no formaba parte de la tutela procesal de urgencia, esto no constituye un obstáculo para poder determinar si el RAL podía o no calificar como una vía judicial igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de derechos constitucionales lesionados en un arbitraje.

Este análisis se sustenta al menos en los siguientes argumentos: a) la legislación arbitral le ha dado el carácter de vía igualmente satisfactoria; b) la jurisprudencia constitucional ha aceptado que el RAL es la vía igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales, determinando la improcedencia del amparo cuando se pretenda cuestionar por dichos motivos un arbitraje, c) académicamente se ha sustentado que el RAL es una vía igualmente satisfactoria porque es una vía ordinaria especializada para la protección de los derechos constitucionales y cuenta con una sumariedad que, en la práctica, no tiene el amparo.

Por otro lado, en el Capítulo I del presente trabajo establecimos que en el derecho comparado y en la doctrina nacional se utiliza como criterio para determinar que la vía ordinaria puede ser calificada como igualmente satisfactoria que el proceso de amparo cuando aquella está en capacidad de conjurar o de evitar un daño irreparable, esto es el riesgo de irreparabilidad, en los derechos fundamentales del justiciable.

Adicionalmente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aunque la regla citada anteriormente se ha establecido como doctrina jurisprudencial, en la práctica judicial se ha asentado el criterio de que debe acudir al proceso ordinario, porque resulta igualmente satisfactorio, cuando en el caso no se cumple con algunos de los presupuestos esenciales del amparo: derecho fundamental lesionado y acto lesivo; ya sea porque en el primer caso existe discusión en torno a la titularidad del derecho alegado (el demandante, que alega ser propietario, sólo de muestra ser poseedor sin contar con título que lo acredite como

propietario, por ejemplo) o cuando el acto lesivo no ha sido suficientemente acreditado (por ejemplo existe controversia sobre la causal de despido).

A pesar de lo expuesto, no debemos perder de vista, en relación con este segundo criterio, que aquí no es que el proceso ordinario sea una vía igualmente satisfactoria, sino que en realidad el caso nunca podrá ni deberá verse en amparo, en tanto existe materia controvertida que no puede ser dilucidada en el amparo, que como vía extraordinaria no cuenta con estación probatoria.

Precisamente el carácter extraordinario y sumario del amparo, impiden que en su interior se diluciden controversias donde el derecho constitucional es incierto, o cuando el presunto acto lesivo del derecho no está debidamente acreditado.

A partir de estos criterios es que analizaremos si el recurso de anulación de laudo arbitral puede ser calificado como una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la tutela de los derechos fundamentales.

6.1. A partir del criterio de la idoneidad procesal para evitar un perjuicio irreparable en el derecho fundamental invocado(riesgo de irreparabilidad)

A efectos de establecer si el recurso de anulación puede o no evitar un perjuicio irreparable en el derecho constitucional invocado en la demanda, debemos analizar en principio si el RAL logra lo mismo que el amparo; de igual manera si cuenta con una sumariedad del procedimiento (celeridad), y el sistema de medidas cautelares, que es el mecanismo con que habitualmente cuenta el proceso de amparo para neutralizar dicho riesgo de irreparabilidad del daño.

Cabe precisar que estos elementos deberán concurrir de manera conjunta y no aislada para poder arribar a una conclusión definitiva en torno a si el RAL puede o no conjurar el riesgo de irreparabilidad.

Entonces, como se vio en el capítulo II, el RAL tiene una serie de efectos determinados en función a la causal que ha sido acogida en sede de anulación. En principio podría argumentarse que el RAL si está en aptitud, en determinados supuestos (como cuando se afecta el derecho de defensa o cuando se advierten infracciones de procedimiento, esto es reglas de procedimiento pactadas por las partes que no han sido respetadas por los árbitros, como una conciliación o trato directo previo al arbitraje que no se ha cumplido) de reponer las cosas al estado anterior. Por lo que sólo en dichos supuestos, el RAL podría configurar una vía igualmente satisfactoria, porque está en aptitud de ofrecer el mismo tipo de reparación que el amparo.

No obstante lo afirmado, como ya se dijo, no basta un solo criterio para determinar si el RAL puede o no calificar como una vía igualmente satisfactoria; por lo tanto debemos analizar los siguientes elementos.

En esencia, sobre la sumaria razonable de procedimiento, Omar Cairo ha señalado con acierto que la estructura procedimental del RAL no contiene los elementos necesarios para dispensar una tutela de urgencia a los derechos afectados en el arbitraje, los plazos son más largos que en el amparo, inclusive existe la posibilidad de la Sala Superior que conoce el RAL pueda suspender el proceso de anulación hasta por 6 meses a fin de dar oportunidad a los árbitros de reanudar las actuaciones arbitrales o adoptar otras medidas que a juicio de los árbitros permita eliminar las causales invocadas como motivo de anulación (Omar Cairo 2011: 47).

Finalmente, en el amparo la medida cautelar, cuya ejecución no está sujeta al otorgamiento de algún tipo de garantía, es amplia ya que en él se puede utilizar cualquier tipo de medida cautelar que tenga por finalidad conjurar los efectos negativos del acto lesivo. En dicho orden de cosas, la medida cautelar que se emplea por lo general es aquella que suspende los efectos del acto lesivo (medida cautelar de no innovar).

En cambio, la medida cautelar en el recurso de anulación está sujeta a una restricción y es que si se pretende obtener y ejecutar una medida cautelar para suspender la

ejecución del laudo arbitral, el solicitante deberá brindar una garantía suficiente a favor de la otra parte del proceso (numeral 2 del artículo 66 del DLA)¹⁵⁴, de este parecer es Samuel Abad Yupanqui (2011b: 38).

Como puede verse si bien el recurso de anulación puede en determinados casos reponer las cosas al estado anterior, no ofrece una sumaria razonable del procedimiento ni un mecanismo idóneo que, con igual eficacia que en el amparo, evite que se produzca un perjuicio irreparable en los derechos fundamentales. Entonces, aplicando este criterio el recurso de anulación no puede ser considerado como una vía igualmente satisfactoria que el amparo.

6.2. A partir del criterio de complejidad probatoria de la cuestión litigiosa

Como ya se advirtió, en el amparo no existe etapa probatoria por que sus presupuestos procesales no exigen un debate amplio sobre la titularidad del derecho y sobre la acreditación de existencia del acto lesivo. En dicho sentido, al demandante en amparo le basta con acreditar, con prueba documental, que es titular del derecho invocado en la situación de hecho concreta que se describe en la demanda, así como la existencia y entidad del acto que lesiona o amenaza el derecho invocado, para que la demanda sea admitida a trámite y se pueda emitir un pronunciamiento sobre el fondo.

Por lo tanto, si estamos frente a una situación de hecho en donde no existe certeza sobre la titularidad del derecho fundamental que se invoca o sobre la entidad del acto lesivo que se cuestiona, el amparo sencillamente no es la vía adecuada para resolver la controversia.

¹⁵⁴ Decreto Legislativo N° 1071

Artículo 66.- Garantía de cumplimiento.

[...]

2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

Empero, que en el amparo no exista en estricto una etapa probatoria, no quiere decir que en el mismo no se puedan ofrecer pruebas. En dicho sentido, en el amparo cabe el ofrecimiento de pruebas documentales, que no requieren actuación, las que no están sujetas a límites, ya que inclusive si ocurriesen hechos –relevantes para resolver la controversia– con posterioridad a la interposición de la demanda, se permite la presentación de medios probatorios extemporáneos (artículo 21 del Código Procesal Constitucional).

Entonces, en el amparo si bien no existe etapa probatoria, tampoco existen restricciones para ofrecer toda la prueba documental de que disponga el demandante, ya para acreditar que es titular del derecho invocado, como para probar que el acto cuestionado resulta en efecto lesivo o capaz de causar un perjuicio irreparable (amenaza) en sus derechos.

En el caso del recurso de anulación, se advierte que el uso del material probatorio es restringido únicamente a las actuaciones arbitrales obrantes en el expediente respectivo (numeral 2 del artículo 64 del DLA)¹⁵⁵, esto por la sencilla razón de que lo se cuestiona es la actuación de los árbitros, las que en línea de principio se encuentran contenidas en el expediente arbitral.

Siendo así, ya que tanto el derecho constitucional como la lesión al derecho que se invoca solo pueden acreditarse a partir de las actuaciones del expediente arbitral, el amparo no requiere de mayor actividad probatoria, pues sólo se requerirá las actuaciones arbitrales a efectos de acreditar, tanto la titularidad del derecho invocado como la entidad del acto lesivo. Uno y otro presupuesto se desprenderán de las actuaciones arbitrales.

¹⁵⁵ Decreto Legislativo N° 1071

Artículo 64.- Trámite del recurso.

[...]

2. El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.

Es más, como ya se a notó el amparo ofrece mayores posibilidades de incorporación de material probatorio que el recurso de nulación, pues las pruebas actuadas en esta vía procesal ordinaria se restringen a las actuaciones arbitrales, en cambio en el amparo tal limitación no existe, por lo que es admisible presentar medios probatorios que no necesariamente obren en las actuaciones del expediente arbitral pero que sin embargo sean necesarias para acreditar la entidad del acto lesivo.

En esa medida, a partir de este criterio el recurso de nulación de laudo arbitral tampoco puede ser calificado como una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de los derechos fundamentales lesionados en un arbitraje.



CONCLUSIONES

1. En los ordenamientos jurídicos que han optado por un modelo de amparo subsidiario, para que una vía judicial ordinaria cancele la posibilidad de acudir al amparo, se exige que aquélla sea más eficaz e idónea, en términos de oportunidad y rapidez, que el proceso constitucional de amparo para evitar que la lesión ocasionada al derecho, que es objeto de cuestionamiento en el amparo, no se torne en irreparable.
2. La idoneidad y eficacia del proceso ordinario, en relación con el proceso de amparo, vendrá dada por la configuración procesal que el legislador le pueda dispensar. Es decir, puede ser un proceso judicial de una sola instancia, o tener una sola audiencia en donde se concierten todas las actuaciones relevantes (saneamiento, admisión y discusión de prueba), o todo el procedimiento se rija por el principio de oralidad, entre otras alternativas. Estas características deben confrontarse con la regulación procesal del amparo constitucional.
3. De lo expuesto, se tiene que el “riesgo de irreparabilidad” es un elemento que la mayoría de legislaciones procesales constitucionales conjuran, ya suspendiendo el acto lesivo a la sola interposición del amparo (Costa Rica), o ya posibilitando el acceso y trámite del amparo mismo, que se resuelve en un plazo perentorio (Colombia), o mediante medidas cautelares idóneas para ello.

Entonces, cuando se analice la idoneidad del proceso ordinario para conjurar el riesgo de irreparabilidad del derecho afectado, deberá analizarse si el medio judicial ordinario cuenta con mecanismos que permitan la suspensión, transitoria de inmediato, del acto que se reputa como lesivo del derecho constitucional.

4. A partir del análisis de constitucionalidad del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se puede concluir que normativamente el elemento determinante para establecer cuando opera dicha causal de improcedencia, viene

dado por la exigencia de que la otra vía judicial ordinaria sea igualmente satisfactoria que el amparo para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, con independencia de que dicha vía haya sido calificada expresamente por el ordenamiento como una vía procesal específica para la protección de los derechos constitucionales.

De esta manera, el numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional es constitucional si se interpreta de la siguiente manera: “Está ordenada la procedencia de vías procedimentales específicas cuando dichas vías sean igualmente satisfactorias que el amparo para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

5. De esto, se puede concluir que normativamente el elemento determinante para establecer cuándo opera la causal de improcedencia del numeral 5.2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, es la exigencia de que la otra vía judicial ordinaria sea “*igualmente satisfactoria*” que el amparo para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, aunque dicha vía judicial no haya sido calificada expresamente por el legislador como una vía procesal específica para la protección de derechos constitucionales.
6. En nuestro medio, se ha manifestado que una vía judicial ordinaria será igualmente satisfactoria que el amparo, para la protección de los derechos constitucionales lesionados o amenazados, si a partir de su estructura puede conjurar con igual grado de eficacia el riesgo de irreparabilidad de los derechos invocados en la demanda.

En buena cuenta, el proceso ordinario para calificar como vía igualmente satisfactoria debería:

- a) Tener una estructura procedimental razonablemente sumaria y contar con herramientas procesales que permitan el restablecimiento del ejercicio de l

derecho, es decir, debe permitir volver las cosas al estado anterior a la lesión o amenaza de lesión.

- b) Otorgar medidas cautelares que permitan la suspensión transitoria del acto lesivo o la salvaguarda temporal del derecho, así como la ejecución o actuación inmediata de la sentencia de primera instancia,
 - c) Otorgar autoridad de cosa juzgada a la resolución que pone fin al proceso, sólo cuando ésta se pronuncie sobre el fondo de la controversia, es decir cuando se ha establecido en la sentencia que el acto cuestionado lesiona o no lesiona el derecho constitucional invocado.
7. A pesar de que se ha establecido como doctrina jurisprudencial que la vía ordinaria es igual de satisfactoria que el amparo cuando está en capacidad de brindar una tutela urgente, es decir, capaz de conjurar cualquier riesgo de irreparabilidad de los derechos constitucionales invocados en la demanda, en la práctica se evidencia que esta regla no es tal, sino que se supedita al hecho de que no exista controversia en la titularidad del derecho constitucional invocado o que el acto lesivo esté debidamente acreditado.

Es decir, si en el caso se discute la titularidad del derecho fundamental y/o la existencia del acto lesivo, la vía igualmente satisfactoria será la vía judicial ordinaria, debido a que ésta cuenta con una etapa probatoria de la que carece el amparo.

8. Este criterio jurisprudencial podría calificarse como criterio de la “complejidad probatoria”, es decir, sólo cuando la titularidad del derecho sea incuestionable o su agresión resulte tan evidente o manifiesta, que no requiera mayor actividad probatoria que la documental acompañada a la demanda, es que el amparo será procedente, en tanto no se requiere de una actividad probatoria compleja.

Por lo que, sólo cuando el caso revista una complejidad tal, ya por que existan cuestionamientos en torno a la titularidad del derecho o no existiere certeza sobre los hechos de nunciados como acto lesivo, el proceso ordinario de viene en una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de los derechos amenazados o vulnerados, en tanto éste cuenta con una herramienta procesal que el amparo no tiene: una etapa procesal que permite la actuación de medios probatorios complejos.

9. Al respecto, creemos que los criterios reseñados, “riesgo de irreparabilidad” y “complejidad probatoria”, no son criterios excluyentes, sino que bien podrían considerarse complementarios; ya que sólo cuando el proceso ordinario esté razonablemente en aptitud de evitar el riesgo de irreparabilidad y además exista complejidad probatoria, podrá ser calificado como una vía procesal igualmente satisfactoria que el amparo para la protección del derecho lesionado o amenazado.

En sentido contrario, si el proceso ordinario no puede conjurar el riesgo de irreparabilidad y no existe complejidad probatoria en el caso, no podrá calificarse como una vía igualmente satisfactoria, con lo que la vía procesal adecuada será, sin lugar a dudas el proceso de amparo.

Entonces, es partir de la conjugación de ambos criterios que deberá analizarse, caso por caso, si un proceso ordinario puede o no ser calificado como una vía procesal igualmente satisfactoria que el proceso de amparo, y por ende de terminar su improcedencia.

10. En la doctrina se discute en diferentes tesis que pretenden explicar la realidad del arbitraje, así tenemos:
 - a) La teoría contractualista, para la que el arbitraje es un contrato privado.

- b) La teoría jurisdiccionalista, para los seguidores de esta postura el arbitraje es expresión de la función jurisdiccional del Estado.
 - c) Las tesis eclécticas o mixtas, entre las que se han formulado algunas que ven al arbitraje como un equivalente jurisdiccional al proceso judicial; o como un negocio jurídico con efectos impropios, pues da origen a una solución procesal de la controversia (tesis negocial-procesal).
 - d) La tesis de la autonomía, para la cual el arbitraje debe responder a las necesidades de las partes para resolver funcionalmente su controversia.
11. En este trabajo hemos optado por la tesis de la autonomía, por ser la que guarda mejor relación con el fundamento del arbitraje y su finalidad instrumental. En dicho sentido, no caben dudas de que es la autonomía de la voluntad de las partes la que justifica su decisión de sustraer de ámbito judicial estatal, la solución de controversias vinculadas con materias que son de libre disposición, conforme a derecho.
- De igual manera, a partir de dicho fundamento, puede argumentarse que el arbitraje tiene una finalidad instrumental: resolver las controversias de las partes, o brindar tutela jurídica a sus derechos subjetivos mediante la solución de la controversia en la que se ven involucrados.
- Precisamente, a partir de la tesis de la autonomía del arbitraje, es que puede entenderse el proceso de desjudicialización que ha experimentado la legislación que regula el arbitraje. Este proceso consiste en encausar la intervención judicial en el arbitraje a lo estrictamente necesario.
12. A pesar de que se postula la autonomía del arbitraje, no se puede desconocer que es necesario un cierto tipo de control judicial, ya para evitar los excesos de poder de los árbitros o para solicitar el apoyo del Poder Judicial, para poder ejecutar los

laudos arbitrales, cuando éstos no son cumplidos voluntariamente por las partes que optaron por el arbitraje.

El control judicial del arbitraje se presenta en dos formas: control judicial ordinario y control judicial constitucional. El primero, ampliamente aceptado por la legislación y doctrina comparadas.

El control judicial constitucional, que se desarrolla mediante el proceso de amparo, o su similar dependiendo del ordenamiento jurídico (como la tutela colombiana), es tema de debate, ya que no existe consenso en la doctrina para admitir su procedencia. Sin embargo, no se puede negar que el mismo ha dado pasos significativos, por impulso de la jurisprudencia de los tribunales o cortes constitucionales de Latinoamérica, siendo paradigmáticos los casos de Colombia y, desde luego, el Perú.

13. El control judicial ordinario se ejerce fundamentalmente a través del llamado “recurso de anulación de laudo arbitral”, y en aquellas legislaciones que lo permiten a través del “recurso de apelación”. Mientras que el primero solo permite un control sobre la validez o corrección procedimental del laudo, el segundo supone un control sobre su validez sustantiva, es decir, permite un control sobre la justicia o injusticia de la decisión de los árbitros.
14. En la doctrina se discute si la anulación del laudo arbitral puede ser catalogada como un recurso o como una acción autónoma que, como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, da inicio a un proceso autónomo y distinto del arbitraje que se pretende controlar.

Desde la opción teórica en torno el arbitraje asumida en este trabajo, creemos que la “anulación del laudo” no puede concebirse como un “recurso”, habida cuenta que mediante el mismo no se ejercita una pretensión impugnatoria, sino una pretensión autónoma de nulidad. Es decir, no es que mediante la anulación de laudo se ingrese a una etapa adicional en el arbitraje. Todo lo contrario, la anulación ya no forma

parte de l *iter* arbitral. No debemos olvidar que el arbitraje tiene una finalidad instrumental: brindar tutela a las situaciones jurídicas de las partes involucradas en la controversia mediante la solución de la misma. Con el ejercicio de la pretensión de anulación, ya no se busca la solución al caso, sino revisar esa validez de la decisión; pero no en cuanto a su corrección material, sino en cuanto a su corrección formal o procedimental.

15. Los autores del Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, siendo consistentes con dicha opción teórica, solo han contemplado como causales de anulación aspectos de tipo meramente formal que sólo tienen por objeto y efecto lograr una revisión judicial formal del procedimiento arbitral (y de sede luego del laudo).

Esto nos permite concluir que el fondo de lo resuelto en el laudo arbitral no es objeto de revisión judicial. En otras palabras, en sede de anulación de laudo no es posible controlar o revisar la determinación por parte de los árbitros de los hechos probados y seleccionados como relevantes para decidir el caso. En igual sentido, no es posible que el juez de anulación pueda controlar o revisar la elección de la disposición o precepto contractual o legal que resuelve el caso, así como el sentido de su interpretación.

El recurso de anulación de laudo arbitral al tener causales taxativamente previstas en la ley, vinculadas con el respeto del convenio arbitral, busca reducir el control judicial del laudo a lo estrictamente necesario y, de la mano con la prohibición de revisar el fondo de la controversia por parte del juez que conoce la anulación, consigue preservar la finalidad instrumental del arbitraje.

En efecto, si la finalidad instrumental del arbitraje es que las partes puedan resolver el fondo de su controversia sin intervención de las autoridades judiciales, la consecuencia lógica de ello es que se impida a esos mismos jueces, vía un mecanismo de control formal posterior del laudo arbitral, ingresar a conocer aquello

que las partes nunca quisieron que vieran: el fondo de la controversia. Por ello, sería técnicamente inadecuado denominar a la anulación de laudo arbitral “recurso”, cuando en realidad es una pretensión autónoma que da inicio a un proceso que se desarrolla ante las instancias judiciales.

16. Si bien puede desarrollarse una lectura constitucional de los motivos de anulación, el trámite procedimental al que está sujeto, así como los efectos o consecuencias del acogimiento de la mayoría de los motivos de anulación, impide calificarlo como un proceso que integra la tutela procesal de urgencia.

Sin embargo, dicha circunstancia no impide un análisis en torno a si el mismo puede o no calificarse como un proceso ordinario igualmente satisfactorio que el amparo para proteger derechos fundamentales; según la calificación efectuada por la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

17. En nuestro medio, se ha planteado la inconstitucionalidad de la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, por motivos de forma, en tanto estaría regulando una materia que corresponde a la ley orgánica.

Esta posición asume que la Duodécima Disposición Complementaria incide en la regulación de los procesos constitucionales, es decir que de alguna manera impacta en ellos. El impacto más evidente es que calificando al recurso de anulación de laudo, como una vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela de derechos constitucionales, se tiene como consecuencia la improcedencia del amparo, ya que esa es la consecuencia de que exista una vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela de derechos.

No obstante, la citada Disposición no incide sobre la regulación del amparo, pues la improcedencia del mismo no viene de terminada por la Duodécima Disposición

Complementaria, sino por lo dispuesto en el artículo 5 numeral 5.2 del Código Procesal Constitucional, ya que es dicha norma la que contempla a la improcedencia del amparo como consecuencia jurídica de que exista otra vía específica e igualmente satisfactoria.

Por ello puede afirmarse que la Duodécima Disposición Complementaria no impacta en la regulación de los procesos constitucionales. Sin embargo, esto no debe llevarnos a negar que la misma no incide en el régimen procesal de protección de los derechos constitucionales, pero esto ya no es regulación procesal constitucional estricto, pues la tutela de los derechos constitucionales, si bien tienen como mecanismo privilegiado a los procesos constitucionales, también se logra mediante los procesos ordinarios, de manera directa o indirecta.

Es dentro de este contexto que puede ubicarse la Duodécima Disposición Complementaria, pues es una norma procesal, pero de carácter ordinario que lo que hace es explicitar que el recurso de anulación de laudo forma parte del régimen procesal de protección de los derechos constitucionales. Esto se logra mediante su calificación legal como vía procesal específica e igualmente satisfactoria que el amparo para la tutela de los derechos constitucionales lesionados en un arbitraje.

18. Sobre la Duodécima Disposición Complementaria y la calificación del recurso de anulación de laudo como vía igualmente satisfactoria, es posible intentar dos tesis interpretativas, y deberemos escoger aquella que mejor compatibilice con la Constitución.

Una tesis interpretativa fue propuesta para establecer como válida y sin cuestionamientos una interpretación literal de la Duodécima Disposición Complementaria. Según esta tesis interpretativa el recurso de anulación es siempre y en todos los casos la vía igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos constitucionales. A partir de ello, si dentro de un proceso arbitral se lesionan o afectan los derechos constitucionales de alguna de las partes, sólo será posible

acudir al recurso de anulación de laudo para obtener la protección judicial de dichos derechos.

Esta tesis riñe con la normatividad de la Constitución, que impone una interpretación del derecho infraconstitucional de conformidad con ella y no de ella en conformidad con la ley, como parece asumir la tesis fuerte. De igual forma, esta tesis asume que el recurso de anulación de laudo integra la tutela de urgencia, cuando en realidad forma parte de la tutela ordinaria.

Por otro lado, a partir de una interpretación débil o flexible de la Duodécima Disposición Complementaria el recurso de anulación de laudo *podrá ser* una vía igualmente satisfactoria *siempre* que las causales de anulación tengan relevancia constitucional en el caso concreto, de lo contrario, es decir si el derecho fundamental o bien jurídico constitucional no guarda relación con alguna de las causales de anulación, la vía idónea será el proceso de amparo, en la medida que la Constitución ha dispuesto que dicho mecanismo sea la vía para brindar tutela procesal de los derechos constitucionales.

Creemos que la opción por una interpretación débil de la Duodécima Disposición Complementaria la compatibilizaría con la Constitución, en la medida que no niega la posibilidad de la amparo, sino que condiciona la procedencia del recurso de anulación a que los motivos de anulación y el caso concreto puedan realmente tener relevancia constitucional. Por lo que, si el derecho constitucional afectado no se encuentra vinculado con alguno de los motivos de anulación, la vía idónea para su protección ya no sería el recurso de anulación, sino el proceso de amparo.

19. A pesar de este entendimiento constitucional de la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, consideramos que para poder calificar al recurso de anulación de laudo arbitral como una vía igualmente satisfactoria que el amparo, debería de aplicarse los criterios de “riesgo de irreparabilidad” y “complejidad probatoria”.

20. En dicho sentido, para establecer si el recurso de anulación puede o no evitar un perjuicio irreparable en el derecho constitucional invocado en la demanda, debemos analizar si logra lo mismo que el amparo. De igual manera, debemos determinar si el recurso de anulación del laudo cuenta con una sumaria de lo procedimiento (celeridad) y con un sistema de medidas cautelares que permita neutralizar dicho riesgo de irreparabilidad del daño.
21. Si se declara fundado un recurso de anulación de laudo se despliegan una serie de efectos, en función a la causal que haya sido acogida en sede de anulación. En principio, podría argumentarse que el recurso de anulación si está en aptitud, en determinados supuestos de reponer las cosas al estado anterior; como cuando se afecta el derecho de defensa o cuando se advierten infracciones de procedimiento.
- Por lo que sólo en dichos supuestos, el recurso de anulación podría configurar una vía igualmente satisfactoria, porque está en aptitud de ofrecer el mismo tipo de reparación que el amparo. No obstante, consideramos que no basta un solo criterio para determinar si el recurso de anulación de laudo puede o no calificar como una vía igualmente satisfactoria; por lo tanto debemos analizar los siguientes elementos.
22. En esa dirección, consideramos que el recurso de anulación no cumple con una sumaria razonable del procedimiento, pues tiene plazos más dilatados que el amparo, e inclusive el mismo proceso puede ser suspendido, hasta por 6 meses, para dar oportunidad a los árbitros de subsanar los vicios de procedimiento denunciados en la anulación.
23. En el ámbito del proceso de amparo, la medida cautelar -cuya ejecución no está sujeta al otorgamiento de algún tipo de garantía- es amplia, pues en el amparo se puede utilizar cualquier tipo de medida cautelar que tenga por finalidad conjurar los efectos negativos del acto lesivo. En dicho orden de cosas, la medida cautelar que se

emplea, por lo general, es aquella que tiene por objeto lograr la suspensión de los efectos del acto lesivo (medida cautelar de no innovar).

En cambio, la medida cautelar en el recurso de anulación está sometida a una seria restricción y es que si se pretende obtener y ejecutar una medida cautelar para suspender la ejecución del laudo arbitral, el solicitante deberá brindar una garantía económica suficiente a favor de la otra parte del proceso.

24. Entonces, si bien el recurso de anulación puede en determinados casos reponer las cosas al estado anterior, no ofrece una sumariedad razonable del procedimiento ni un mecanismo idóneo que, con igual eficacia que en el amparo, evite que se produzca un perjuicio irreparable en los derechos fundamentales. Entonces, aplicando este criterio el recurso de anulación no puede ser considerado como una vía igualmente satisfactoria que el amparo.

25. En el amparo no existe una etapa probatoria, pero esto no quiere decir que en el mismo no se puedan ofrecer pruebas. En dicho sentido, en el amparo cabe el ofrecimiento de pruebas documentales, que no requieren actuación, las que no están sujetas a límites, ya que inclusive si ocurriesen hechos con posterioridad a la interposición de la demanda, a condición de que fuesen relevantes para resolver la controversia, se permite la presentación de medios probatorios extemporáneos.

En el caso del recurso de anulación, se advierte que el uso del material probatorio se ha restringido únicamente a las actuaciones arbitrales obrantes en el expediente respectivo, esto por la sencilla razón de que lo se cuestiona es la actuación de los árbitros, que en línea de principio se encuentran contenidas en el expediente arbitral.

Siendo así, ya que la titularidad del derecho constitucional así como el acto que lo lesiona solo pueden acreditarse a partir de las actuaciones del expediente arbitral, el amparo no requiere de mayor actividad probatoria, pues sólo se requerirá las actuaciones arbitrales a efectos de acreditar, tanto la titularidad del derecho

invocado como la entidad del acto lesivo. Uno y otro presupuesto se desprenderán de las actuaciones arbitrales.

En esa medida, a partir de este criterio el recurso de anulación de laudo arbitral tampoco puede ser calificado como una vía igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de los derechos fundamentales lesionados en un arbitraje.

26. Entonces, a partir de los criterios de “riesgo de irreparabilidad” y “complejidad probatoria”, se puede concluir que más allá de la calificación legal y la posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el recurso de anulación de laudo arbitral no puede ser calificado como una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo para la protección de los derechos constitucionales lesionados en un arbitraje.



ANEXO N° 01

SENTENCIAS Y/O RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARAN IMPROCEDENTES DEMANDAS DE AMPARO EN APLICACIÓN DEL NUMERAL 5.2 DEL ARTÍCULO 5 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

N°	EXP N°	Fecha	Partes	Petitorio	Derechos invocados	Ratio decidende la declaración de improcedencia
1	3382-2011-PA	27.03.2012	Carmen Rosa Hoyos Vargas contra Colegio de Abogados de Lima norte	Se declara inaplicable resolución decanal N° 002-JD-CACNL-CRVH-2007, que anula su colegiatura basándose en la nulidad del os títulos expedidos por la Universidad Privada Los Ángeles	Trabajo y defensa	Se considera que el caso requiere de una actividad probatoria compleja, pues requiere dilucidarse la forma en que fue anulada, desde cuando ésta fue realizada o la validez de la misma. Señala el Tribunal que antes que los derechos invocados, están en discusión la titularidad de los mismos, lo que debe discutirse en otra vía igualmente satisfactoria.
2	205-2010-PA	23.08.2010	Fernando Jacinto Mauricio Salaverry Arbulú contra American Airlines INC. – Sucursal Perú	Se declare inaplicable la carta notarial de fecha 19 de noviembre de 2007, que le imputa la comisión de diversas faltas graves, y que se ordene su reposición considerando que ha sido objeto de un despido fraudulento.	Trabajo	Existe una vía igualmente satisfactoria que cuenta con etapa probatoria necesaria para cuestionar la causa justa del despido (haber utilizado indebidamente bienes de la empresa en beneficio propio o de terceros, incumplimiento de obligaciones laborales que suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral, así como inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo).
3	1010-2010-PA	20.08.2010	Olivia del Castillo Araujo contra Poder Judicial	Se declare inaplicable la Resolución N° 229-2008-GPEJ-GG-PJ, del 2 de febrero de 2009, mediante la cual se la despide del Poder Judicial del Cusco. Refiera que ha sido objeto de un despido fraudulento, pues sus ausencias por motivos de salud estaban debidamente justificadas por	Debido proceso	El Tribunal entiende que los hechos, consistentes en la ausencia al centro de trabajo por parte de la demandante y los motivos de salud alegados, se concretaron por lo que no existiría fraude; es más la demandante no ha logrado acreditar dicho fraude. Lo que estaría en discusión es si existió o no causa justa de despido, lo que requiere la actuación de medios probatorios y la intermediación del juez a efectos de determinar si la demandante incurrió en falsedad o si el despido practicado resulta

				certificados médicos y por el otorgamiento de los permisos correspondientes.		arbitrario; no siendo la vía adecuada el proceso de amparo.
4	01530-2010-PA	05.08.2010	Oscar Alberto Ayala Estrada contra Zofratacna	Se deje sin efecto la carta de despido de 24 de setiembre de 2007, mediante el cual fue despedido por la comisión de falta grave. Manifiesta que ha sido objeto de un despido fraudulento, pues se le imputan hechos inexistentes y se han fabricado pruebas.	Trabajo	El demandante no ha acreditado que existió fraude, de lo que resulta que cuestiona la causa del despido, no resultando el amparo vía idónea para dilucidar la controversia.
5	01595-2010-PA	12.08.2010	Servicios Mineros e Industriales San Martín de Porres SRL contra SUNAT	Se inaplique la Resolución del Tribunal Fiscal N° 05512-4-2008, mediante la que se confirmó la Resolución de Intendencia N° 056-014-0001073/SUNAT, que declaró inadmissible su recurso de reclamación. Refiere que dicha resolución es inconstitucional por cuanto rechaza su recurso por no tener firma de letrado colegiado y habilitado.	Debido proceso	La pretensión debe ser dilucidada en un proceso que cuente con etapa probatoria amplia, como lo es el proceso contencioso administrativo.
6	02112-2010-PA	05.08.2010	Honorata Fabián de la Cruz contra Gerente de Fiscalización y Control y el Ejecutor Coactivo de la Municipalidad Metropolitana de Lima	Cuestiona resoluciones administrativas que imponen multa por vender cerveza sin autorización. Cuestiona que las resoluciones se sustentan en pruebas inidóneas.	Debido proceso	La pretensión deberá dilucidarse en el proceso contencioso administrativo, tanto más si cuenta con etapa probatoria amplia, que no tiene el amparo.
7	02168-2010-PA	31.08.2010	César Jaramillo Calderón contra Empresa Gloria SA	Solicita su reposición, aduce que ha sido objeto de un despido fraudulento, pues se le imputa falsamente haberse resistido a cumplir órdenes de su	Libertad de trabajo, no discriminación	De las pruebas aportadas no se genera convicción en el colegiado sobre los hechos alegados. Existiendo controversia sobre los hechos, el amparo no resulta la vía idónea, debiendo dilucidarse la controversia en un proceso que permita la

				supervisora (negarse a forrar unas paletas en los últimos 10 minutos de su jornada laboral). Considera que se le ha despedido por su condición de obrero sindicalizado.		actuación de pruebas.
8	02014-2010-PA	01.12.2010	Empresa de Gas Talara SA contra Ministerio de Energía y Minas	Se deje sin efecto las Resoluciones Supremas N° 044-2009-EM y N° 065-2009-EM, y se reponga las cosas al estado de la vigencia de la Resolución Suprema N° 076-98-EM, que aprobó el contrato de concesión para la prestación del servicio público de distribución de gas por red de ductos para el distrito de Pariñas (Talara).	Igualdad ante la ley, libre contratación, defensa y a la iniciativa privada	Se advierte que la litis reviste aspectos que deben ser dilucidados en un proceso que cuente con etapa probatoria, como el proceso contencioso administrativo.
9	01926-2010-PA	27.07.2010	Víctor Ramírez Palomino contra Cooperativa de Ahorro y Crédito San Pedro de Andahuaylas	Se deje sin efecto la carta de preaviso de despido y la carta de despido y se le reponga en su puesto como analista de créditos, toda vez que ha sido despedido fraudulentamente, pues se le imputa un hecho no previsto legalmente como causa justa de despido, como es mantener una acreencia impaga con su empleador.	Libertad de trabajo	En el caso debe dilucidarse si el crédito fue obtenido fraudulentamente por el demandante, vulnerando así sus deberes en la relación laboral, o si esta imputación no se ajusta a la realidad, caso en el que el despido resultaría arbitrario por no ajustarse a una causa justa, lo que requiere la actuación de medios probatorios que no es posible en el amparo.
10	01604-2010-PA	01.07.2010	Alejandro Sullayauri contra Municipalidad (no se la identifica adecuadamente en la resolución)	Se deje sin efecto el despido fraudulento del que habría sido víctima, y se le reponga a su puesto de trabajo. Alega que se le imputa haber asistido en estado de ebriedad a laborar y haber causado daños a uno de los vehículos de la Municipalidad. Reconoce que asistió en	Trabajo	Dado que en el caso debe establecerse la veracidad o falsedad de las imputaciones que motivan el despido, éstas requieren actuación de pruebas que en el amparo no es posible.

				leve estado de ebriedad pero que no dañó ningún vehículo de su empleadora.		
11	01753-2010-PA	05.08.2010	Empresa de Pequeños Extractores Forestales con manejo sostenible Guacamayo EPEFOMGS SAC contra Director de Supervisión de Concesiones Forestales y Fauna Silvestre (OSINFOR)	Se deje sin efecto y declare nula la Resolución Directoral N° 012-2009-OSINFOR-DSCFFS, considera desproporcionado la suspensión provisional del Plan General de Manejo Forestal y el Plan Operativo Anual, ya que obran documentos que demuestran que la extracción se produjo dentro de los límites de la concesión.	Debido proceso, propiedad, libertad de empresa y libre contratación	La controversia requiere de una etapa probatoria amplia, pues la presunta vulneración se debería al error de la Administración, pues la demandante ha demostrado que la extracción de la madera se dio dentro de los alcances del contrato de concesión; lo que requiere la actuación de medios probatorios, por lo que el amparo no resulta vía idónea.
12	02874-2010-PA	14.09.2010	Juan Freddy Gonzáles Cáceres contra Club Internacional Arequipa	Cuestiona la aplicación desproporcionada de una disposición del estatuto, y como consecuencia de ello la negativa de la demandada a reconocer su condición de socio vitalicio, bajo el pretexto de haber perdido tal condición por la reiterada demora en el pago de sus cuotas como asociado.	Asociación	El recurrente no ha justificado adecuadamente por qué recurre a la vía urgente del amparo, máxime si obran cartas que acreditan que desde el año 2005 ha venido reclamando ser reconocido como socio vitalicio; de otro lado, considera que la controversia puede ser dilucidada en un proceso que cuente con etapa probatoria de la que carece el amparo.
13	02376-2010-PA	06.09.2010	Carlos Edgardo Soriano contra SENATI – Zonal Lambayeque	Solicita su reincorporación, aduce haber sido objeto de un despido fraudulento, pues niega que haya golpeado a un aprendiz de la demandada como se le imputa.	Trabajo	En el caso se cuestiona la causa justa de despido, pues obran documentos en los que el mismo demandante reconoce la veracidad de ciertos hechos (como la lesión causada al aprendiz de la demandada). Por lo tanto, la controversia debe dilucidarse en un proceso que cuente con etapa probatoria.
14	03878-2006-PA	10.04.2007	Marco Antonio Brun Delgado contra Consejo de Administración y la Asamblea General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito	Se declaren inaplicables las decisiones de suspenderlo como dirigente y el acuerdo de exclusión como miembro de la referida Cooperativa.	Debido proceso y defensa	El caso debe ventilarse en la vía ordinaria pues se requiere una etapa probatoria para dilucidar determinados aspectos de la controversia. Por lo que la vía ordinaria resulta ser una vía específica mediante la declaración de invalidez de los actos cuestionados,

			de Oficiales de la Policía Nacional del Perú			así como una vía igualmente satisfactoria que el amparo.
15	03306-2006-PA	28.03.2007	César Omar Cuadra Pacheco Contra Ejecutor Coactivo de la Municipalidad Provincial de Trujillo	se deje sin efecto la Resolución N.º 1, su fecha 13 de octubre de 2004, recaída en el expediente administrativo N.º 069-20004-EC-MTP, que ordena ejecutar forzosamente la medida cautelar provisoria de clausura inmediata por 30 días de su establecimiento	Libertad de trabajo, libertad de empresa, propiedad e inviolabilidad de domicilio	El caso debe ventilarse en la vía del proceso contencioso administrativo, pues se requiere una etapa probatoria para dilucidar determinados aspectos de la controversia. Por lo que dicha vía procesal resulta ser una vía igualmente satisfactoria que el amparo.
16	03444-2007-PA	06.11.2007	Juan Roberto Corzo Beltrame contra la Municipalidad Distrital de Lurigancho - Chosica	Se levante la medida de embargo trabada contra su cuenta en el Banco de Crédito (BCP) N.º 193-13257321-1-32, y que se devuelva y/o entregue los referidos montos, supuestamente exigibles por el no pago de impuesto predial y arbitrios	Propiedad, debido proceso, defensa	El Tribunal hace un recuento de las alegaciones de las partes. El demandante sostiene que es propietario de tres predios, uno de los cuales se encuentra dentro de la jurisdicción demandada, y los otros se ubican en la jurisdicción de la Municipalidad Provincial de Huarochirí. Sostiene, además, que es irregular la pretensión de cobro de arbitrios e impuesto predial por parte de la municipalidad demandada por los tres predios; más aún si ha venido pagando dichas obligaciones a la Municipalidad de Huarochirí por dos de los predios. La Municipalidad, por cuarte, sostiene que el propio demandante ha pagado las obligaciones reclamadas por los tres periodos en periodos tributarios precedentes. El Tribunal recuerda su línea jurisprudencial en caso de no delimitación y/o definición de la autoridad municipal competente para el cobro de los tributos vinculados a los predios cuando existe controversia en la delimitación territorial de jurisdicciones (EXP N° 4164-2006-PA). Concluyendo que en el caso, la misma no puede ser aplicada, pues no se advierten medios probatorios que acrediten lo alegado por el demandante. Por ello concluye que el caso requiere etapa probatoria, que no tiene el amparo, pero si el proceso contencioso administrativo que por dicho motivo se constituye en la vía igualmente satisfactoria que el

						amparo.
17	04106-2008-PA	25.11.2008	José Valdivieso Brand y otros en representación de la Comisión de Privatización de la Asociación de Comerciantes del Mercado San Martín de Porres de Casma contra la Municipalidad Provincial de Casma	Que la Municipalidad demandada se abstenga de demoler el mercado de San Martín de Porres de Casma, por cuanto el mismo se encuentra en proceso de privatización conforme a ley	Propiedad, trabajo, libertad de contratar y cumplimiento de las leyes de la Nación	En el presente caso las instancias precedentes declararon fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante. Por lo que el Tribunal entiende que existe controversia sobre la titularidad del derecho invocado. En consecuencia, considera que la vía ordinaria, el proceso contencioso administrativo, es la vía adecuada para resolver la controversia, máxime si en el amparo no existe etapa probatoria, en tanto en el amparo no se discute la titularidad de los derechos invocados, sino la legitimidad de los actos que los lesionan.
18	04172-2005-PA	11.12.2006	Felicitas Torres viuda de Pachas contra la ONP	Se solicita una pensión de viudez	Pensión	En el caso el Tribunal ingresa al fondo de la controversia al entender que la demandante solicita un reajuste de su pensión a la pensión mínima (S/.415.00). Como la demandante percibe un monto inferior al mínimo (S/.325.00), según la sentencia del EXP 1417-2005-PA, se analiza el fondo de la demanda. Sin embargo, se advierte de los documentos y de la legislación aplicable al caso, que ella percibe más de lo que le correspondía (que era de S/.270.00), por lo que para atender la pretensión tendría que actuarse pruebas, lo que no es posible en el amparo. Por lo que se declara improcedente la demanda.
19	04423-2006-PA	13.04.2007	Inversiones Fortuna Games S.R.Ltda. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo	Se deje sin efecto la Resolución Directoral 27-2004-MINCETUR/VMT/DN DT, de fecha 23 de marzo de 2004, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Directoral 05-2003-GRL-DIRECTURA-DT, a través de la cual se deja de considerar el restaurante de la demandante como de cinco tenedores	Libertad de empresa y debido proceso	En el caso se cuestiona una decisión administrativa que retira la condición de “cinco tenedores” del restaurante de la empresa demandante. El Tribunal entiende que el caso requiere la actuación de medios probatorios que no es posible en el amparo, por lo que considera que el proceso contencioso administrativo es la vía adecuada para dilucidar los aspectos controvertidos del caso.
20	05043-2007-PA	16.03.2009	Carmen Graciela Sofía Zúñiga Villanueva Vda.	Se declare inaplicable la Resolución Directoral N.º 003-	Debido proceso, tutela	Se considera compleja la controversia porque además involucra a la Municipalidad Metropolitana de

			de Maquilón contra el Ministerio de Energía y Minas y OSINERG	2005-EM-DGH/PCO por la que se revocó la autorización para el ejercicio de actividades de comercialización de combustibles en el grifo de propiedad de la demandante; y que por tanto se levante el bloqueo del código de acceso de la demandante al sistema de control de órdenes de combustible y se le permita continuar con la compra y adquisición de combustibles.	jurisdiccional, defensa y libertad de trabajo.	Lima, por lo que existe incertidumbre sobre si a la fecha la demandante tiene el derecho a comprar y vender combustible. En este caso el proceso contencioso administrativo se constituye como la vía idónea, por la complejidad y porque se cuestiona una actuación material de la administración pública.
21	5301-2006-PA	24.10.2007	Jorge Omar Córdova Mogollón contra el Banco WieseSudameriss ucursal Cusco	Se declare inaplicable para el demandante la Ley de Banca y Seguros, así como que se proceda a regular los intereses que adeuda, reduciéndose lo que se le ha cobrado en exceso, debiendo procederse al reembolso de los montos que se le han cobrado ilegalmente, más los intereses generados desde el día en que la entidad bancaria demandada vulneró sus derechos.	Propiedad, protección de los consumidores y usuarios	Se considera que la controversia planteada por el demandante, a pesar de tener relevancia constitucional, necesita ser dilucidada en un proceso que cuente con estación probatoria, pues de lo que se trata no sólo es de verificar los montos que se han venido cobrando a título de intereses por parte de la entidad emplazada, sino de analizar los criterios de determinación de tales intereses, objetivos que, por otra parte, tampoco se podrían cumplir ya que la demanda fue rechazada liminarmente, y, por tanto, la emplazada no tuvo la oportunidad de comparecer en el proceso, desconociéndose la versión que, sobre el particular, tendría que brindar.
22	08968-2006-PA	03.11.2006	Francisco Medina Mellado contra el Director General de la Policía Nacional del Perú y el Ministro del Interior	Se declare inaplicable la Resolución Regional N.º 048-2001-VII-RPNP/JOPER-UMyD-SR, de 15 de febrero de 2001, que lo pasó de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria; y, por consiguiente, se ordene su reincorporación a la situación de actividad	<i>Ne bis in idem</i>	El demandante sostiene que ha sido sancionado dos veces por el mismo hecho, primero con la medida disciplinaria de arresto simple por ocho días (ampliado a doce) y luego fue puesto en la situación de disponibilidad. Los demandados aducen que la primera sanción nunca se ejecutó, y que la medida disciplinaria impuesta obedeció a las recomendaciones del Consejo de Investigación Regional para Sub Oficiales y Especialistas de la VII-RPNP. Siendo así, la controversia necesita de un proceso con etapa probatoria para determinar si en el caso se vulneró o no el <i>ne bis in idem</i> .
23	09022-	07.11.	Fidelina Medrano	Que se disponga el cese	No	Los demandantes aducen que en

	2006-PA	2007	Astete y otros contra el Sindicato Único de Trabajadores Municipales de Junín	de todo acto de discriminación e impedimento a su derecho de pertenecer al referido Sindicato.	discriminación, libertad sindical (derecho a formar parte de un sindicato)	reiteradas oportunidades han solicitado su afiliación al sindicato demandado, no habiendo recibido respuesta positiva de la referida organización. Ésta manifiesta que los demandantes no tienen la condición de servidores públicos, según el Decreto Legislativo N° 276, razón por la que su solicitud ha sido rechazada. El Tribunal considera que faltan medios probatorios para determinar el régimen laboral de los demandantes, elemento fundamental para determinar si hubo o no lesión del derecho invocado, razón por la cual considera que el caso requiere un proceso con etapa probatoria.
24	09874-2006-PA	20.12.2007	Comunidad Campesina de Ayamarca contra la Asociación de Pequeños Propietarios de Predios Rústicos del Anexo de Ayamarca.	Que la demandada se abstenga de realizar actos destinados a impedir que suscriba un convenio de servidumbre minera con la empresa Inversiones Mineras del Sur S.A.	Libre contratación, reunión, trabajo y propiedad	El Tribunal considera que el objeto de la demanda es discutir la titularidad y posesión de terrenos, así como la legitimidad de la Comunidad recurrente para celebrar actos jurídicos con una empresa minera; cuestiones que deben ser dilucidadas en una vía que cuente con una adecuada estación probatoria, como la que brinda el proceso ordinario.
25	08915-2006-PA	08.01.2007	Asesoría y Servicios de Información Gerencial E.I.R.L. contra Óscar Alfredo Sevilla Rosas y doña Oda MaagWalsdorf	Se ordene el retiro de la reja de fierro instalada por los demandados en la parte frontal del pasaje de ingreso común al inmueble de su propiedad,	Propiedad, a la residencia, al trabajo y al libre tránsito.	El Tribunal considera que existe controversia en cuanto al alegado impedimento de tránsito, pues, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, los demandados afirman que la reja materia de <i>litis</i> no le impide el libre acceso a su propiedad y que, más bien, es la recurrente quien ha construido seis departamentos sin contar con licencia municipal, violando, además, los acuerdos tomados por los propietarios de los inmuebles que constituyeron la servidumbre de uso sobre el terreno en el cual se encuentra instalada la citada reja. También considera que existe discrepancia tanto en la fecha de instalación de la reja –dato necesario para determinar si su montaje se debió a un acuerdo que, por motivos de seguridad, tomaron los vecinos, o a un acto arbitrario de los emplazados–, como en si la decisión de su montaje fue tomada antes de la constitución de la servidumbre de uso. Concluye el

						Tribunal que para evaluar debidamente dichas controversias es necesario contar con una adecuada estación probatoria de la que carece el amparo.
26	05895-2006-PA	04.04.2007	Leonardo Gómez Apolinari o contra el Consejo de Minería	Solicita que se suspenda los efectos legales de la Queja N.º 038-2004-MEN/CM, que declara infundado por extemporáneo su recurso de revisión, presentado contra la Resolución Jefatural N.º 03836-2003-INACC/J.	Debido proceso, tutela jurisdiccional y a ser sometido o a procedimiento distinto a los preestablecidos	Advierte el Tribunal que, el caso, “la alegada afectación constitucional se origina <i>-presumiblemente-</i> en la Resolución Jefatural <i>-no notificada al recurrente-</i> , situación que por su complejidad debe ser determinada en la estación probatoria correspondiente”.
27	6006-2006-PA	05.11.2007	César Augusto Altez Zárate contra la Municipalidad Distrital de Baños del Inca	Se permita al demandante continuar con las labores habituales que efectúa en el lecho del río Chonta, consistentes en la extracción de material de acarreo.	Trabajo, a la libertad personal, a la libre competencia y al debido proceso	El Tribunal entiende que, en el caso, se cuestiona la prohibición de la actividad a la que el recurrente se venía dedicando, al haberse aprobado tanto el Acuerdo de Concejo N.º 084-2005-MDBI de fecha 7 de abril de 2005, mediante el cual se declara en emergencia parte del Río Chonta, como posteriormente el Acuerdo de Concejo N.º 235-2005-MDBI del 25 de mayo de 2005, mediante el cual se declara como zonas de no extracción de materiales de acarreo los alveos o cauces y determinados lugares del citado río, bajo apercibimiento de sanciones. El demandante sostiene que los Acuerdos de Concejo cuestionados carecen de todo sustento, pues a su entender la declaratoria de la emergencia en el Río Chonta no tiene nada que ver con la actividad que realiza, motivo por el que no se puede prohibir o restringir su ejercicio. La demandada aduce que la actividad a la que se dedica el demandante, y otras personas, de manera indiscriminada, ha sido la causa directa del deterioro y posterior caída de los muros de contención del referido Río, lo que ha motivado la emergencia declarada y posteriormente la prohibición de la citada actividad. El Tribunal concluye que en la causa existen cuestiones controvertidas que

						necesitan ser dilucidadas mediante un proceso que cuente con etapa probatoria, como el proceso contencioso administrativo y no el amparo.
28	6445-2006-PA	06.11.2007	Guillermina Porles Alvarado viuda de Solórzano contra el Centro Humanitario de Trabajadores Unidos	Se declaren inaplicables los Informes Legales N.º 012-2005-AL-CHTU y N.º 024-2005-AL-CHTU, que declaran improcedente el pago de aportaciones devengadas e improcedente el pago de la Póliza Mortuoria a favor de su difunto esposo, Manuel Solórzano Caldas.	Igualdad	El Tribunal entiende que “la alegada afectación constitucional está originada <i>-presumiblemente-</i> por el rechazo del pago de las mensualidades devengadas y la consecuente denegatoria de la Póliza Mortuoria”. Sucede que en el caso existe controversia sobre si los pagos realizados por la demandante (aportes adeudados) se hicieron siguiendo las pautas establecidas en el Estatuto de la entidad demandada o no (antes o después del fallecimiento del beneficiario), lo que requiere etapa de pruebas que no tiene el amparo.
29	8960-2005-PA	28.11.2005	Máximo Cabrera Medina contra el Intendente de Aduanas de Loreto, el Oficial Inspector de Aduanas de Chimbote y el Jefe del Puesto de Control de Chimbote.	Se disponga la devolución de la embarcación de propiedad del demandante.	Propiedad, la libertad de trabajo.	En la demanda se aduce que las autoridades demandadas procedieron a la internación en el depósito a la referida embarcación, bajo el argumento de no haberse efectuado el pago de importación. El Tribunal entiende que el caso requiere actividad probatoria, por lo que rechaza la demanda, dejando a salvo el derecho del demandante para hacerlo valer en la vía correspondiente.
30	06234-2005-PA	03.12.2005	José Enrique Malca Quiroz contra la Municipalidad Distrital de La Victoria	Se deje sin efecto las Resoluciones de Alcaldía 017-2004-MDLV y 037-2004-MDLV, en virtud de las cuales se dispuso la clausura del establecimiento comercial de su propiedad.	Libertad de trabajo, de empresa y debido proceso	En el caso el demandante sostiene que la clausura de su local comercial se ha debido a que no tiene licencia de funcionamiento y a observaciones a la seguridad del local. Por su parte la Municipalidad demandada sostiene que se ha procedido al cierre, que en su momento aceptó el demandante, por perturbar la tranquilidad pública. El Tribunal entiende que existen cuestiones controvertidas que requieren la actuación de medios probatorios, que no es posible en el amparo, para ser esclarecidas, por lo que el proceso contencioso administrativo resulta ser la vía idónea para tal fin.
31	04455-2006-PA	27.03.2007	Mario SoelPantigoso y otros contra la Municipalidad Provincial de	Se deje sin efecto el Acuerdo de Concejo 0008-2005/CM-MPH-M, del 31 de enero del 2005, que al aprobar el	Propiedad y debido proceso.	En la demanda se sostiene que el mencionado acuerdo de Concejo ha sido emitido sin su conocimiento, incidiendo sobre su derecho constitucional de propiedad.

			Huachirí - Matucana	plano de habilitación urbana de los predios ubicados en los sectores El Cercado, San Isidro, El Palomar, Chancadora, Las Lomas, El Valle y El Pedregal, entre otros, de la Quebrada Canto Grande, del distrito de San Juan de Lurigancho, provincia y departamento de Lima, afecta la propiedad de sus predios (reconocidos por la Municipalidad de San Juan de Lurigancho)		El Tribunal, rechaza la demanda atendiendo al carácter controversial de las alegaciones; puesto que su dilucidación requeriría de una estación probatoria adecuada, que no es posible en el amparo, dejando a salvo el derecho de los recurrentes para hacer valer su pretensión en una vía procesal más idónea.
32	4458-2006-PA	29.03.2007	Jeremías Marino Taipe Palacios contra la Municipalidad Provincial de Huachirí	Se declaren inaplicables la Resolución Gerencial N.º 027-2004-GR/MPH-M de fecha 13 de julio de 2004, mediante la cual se declara inadmisibles las solicitudes de los recurrentes para que se les inscriba en el padrón de contribuyentes de la Municipalidad Provincial de Huachirí respecto del predio ubicado en Jr. Lima N.º 900, distrito de Matucana; la Resolución Gerencial N.º 0036-2004-GR/MPH-M de fecha 10 de agosto de 2004, mediante la cual se declara inadmisibles las solicitudes con el objeto de que se expida licencia de funcionamiento de su bar restaurant ubicado en el inmueble de su propiedad; y la Resolución Gerencial N.º 037-2004-GR/MPH.M de fecha 11 de agosto de 2004 que dispone la clausura del establecimiento que	Propiedad	El Tribunal considera que la dilucidación del caso requiere una vía procesal que cuente con etapa probatoria, siendo cuestiones controvertidas que requieren esclarecerse, como paso previo a un pronunciamiento de fondo: a) el derecho de propiedad invocado por los recurrentes respecto del inmueble por el que solicitan ser considerados como contribuyentes, pues existe una oposición formulada por María Julia Cuba Huamanciza, quien es hija de la transferente doña Julia Huamanciza Torre viuda de Cuba; b) la propia oposición de doña María Julia Cuba Huamanciza a la pretensión de los actuales recurrentes y que tal oposición haya sido el motivo por el que la Municipalidad emplazada denegó su petición de ser considerados como contribuyentes, convierte a dicha persona en legítima interesada a los efectos de comparecer en la dilucidación de la presente controversia; finalmente, c) la discusión acerca de la licencia de funcionamiento pretendida por los recurrentes, necesariamente se encuentra condicionada a lo que resulte de la antes citada oposición, pues como aparece de los recaudos acompañados, el negocio (bar restaurant) se encuentra ubicado en el primer piso del inmueble objeto de disputa, siendo discutible el ejercicio

				venía funcionando en el primer piso de su inmueble.		de una actividad comercial bajo tales circunstancias.
33	5001-2006-PA	03.04.2007	José Luis Vega Mora contra funcionarios del OSINERG	Se deje sin efecto las sanciones de multa de cinco (5) UIT y de clausura de su local ubicado en la Cooperativa Santa Rosa, distrito y provincia de Trujillo (proceso administrativo signado con el N.º 067-2002-OS-EC-Cob. Mul, y la Resolución de Gerencia General N.º 128-2002-OS/GG).	Debido proceso	El Tribunal advierte que el caso requiere la actuación de medios probatorios para dilucidar la controversia, etapa probatoria de la que carece el amparo. Razón por la cual el proceso contencioso administrativo viene a ser la vía específica e igualmente satisfactoria para la tutela del derecho invocado.
34	5017-2006-PA	26.03.2007	Inversiones Generales Wanka contra la Municipalidad Distrital de Ate Vitarte	Se suspenda la cancelación de licencia municipal de funcionamiento y, en consecuencia, se le permita seguir operando el terminal terrestre del cual es titular.	En la resolución no se precisa.	Dado que en la demanda se pretende que se revise si la cancelación de la licencia de funcionamiento del local de la empresa demandante resulta arbitraria o si por el contrario es conforme a ley, ya que según la entidad demandada el local de la demandante constituiría una amenaza a la salud pública al incumplir normas de seguridad y atentar contra el medio ambiente. Por lo que se puede apreciar que la controversia plantea cuestiones que deben ser dilucidadas en una vía que tenga estación probatoria, como el proceso contencioso administrativo y no el amparo.
35	0206-2005-PA	28.11.2005	César Antonio Baylón Flores contra EMAPA Huacho SA.	Se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004; y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Asimismo, solicita que los demandados le paguen una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00	Trabajo, adecuado a protección contra el despido arbitrario y debido proceso.	El Tribunal considera que al cuestionarse las faltas graves imputadas, en las cartas cuya inaplicación se solicita, éstas requieren dilucidarse en un proceso, como el laboral ordinario, que cuente con etapa probatoria.

				nuevos soles y que se disponga la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la agresión sufrida		
36	05313-2006-PA	20.03.2007	Hilario López Rojas contra la Municipalidad Provincial de Moyobamba	Que la Municipalidad demandada se abstenga de realizar trabajos de habilitación de un relleno en el terreno del cual es poseionario, y que se ordene la suspensión de la inscripción en los registros públicos de la transferencia de dicho terreno, puesto que ello afecta su posesión.	igualdad ante la ley, a la propiedad, al debido procedimiento, de petición y de gozar de un ambiente equilibrado,	El demandante reconoce que es propietario, por lo en el caso no se afecta su derecho a la propiedad. Sin embargo en relación con la presunta afectación del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado el Tribunal considera que no existen suficientes elementos probatorios para acreditar el acto lesivo, razón por la cual rechaza la demanda, disponiendo que se remitan los autos al juez competente para que reencauce la controversia como una demanda contenciosa administrativa.
37	05814-2006-PA	11.08.2006	Marina Elena Fuentes Cárdenas contra la SUNAT	Se suspenda los efectos de la Orden de Fiscalización N.º 030023420250 y el Requerimiento N.º 0015606 y, en consecuencia, se disponga el aplazamiento del procedimiento de fiscalización.	Debido proceso, a la defensa, a la independencia en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, de petición, al honor e intimidad personal y familiar y a la legítima defensa; así como por contravenir el principio	En el caso, alega la demandante, que mediante las resoluciones cuestionadas se le requiere una serie de documentos que forman parte de una investigación penal, por lo que le resulta imposible cumplir con el requerimiento solicitado, razón por la que solicita la suspensión de la fiscalización cuestionada. En dicho contexto, el Tribunal “estima que en la medida que la supuesta violación de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales invocados provienen de actos de la administración tributaria, en el caso concreto existe una vía igualmente satisfactoria que es el proceso contencioso administrativo, proceso en el cual debe ser dilucidada la pretensión del demandante, más aún si se considera que para determinar si efectivamente dichos actos vulneran los derechos fundamentales invocados por la demandante es necesaria una etapa probatoria más laxa, lo que como es evidente no puede ser realizada en un proceso constitucional excepcional y urgente como es el proceso de amparo”.

					o que prohíbe el abuso de derecho.	
38	05879-2006-PA	11.12.2006	Julia Maza Rengifo contra la Asociación Federación Centro Unión de Trabajadores del Seguro Social de Salud–EsSalud Perú	Se declare inaplicable e ilegal el acto de destitución como miembro de la asociación de que ha sido víctima, se ordene su reposición como Secretaria General de Economía de la Asociación demandada.	Libertad de asociación, debido proceso	El Tribunal estima que en el caso el proceso abreviado es la vía igualmente satisfactoria, en razón de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil. Añade que si bien las afectaciones al debido proceso particular tienen tramitación preferente en el amparo, en el caso existen cuestiones controvertidas que requieren una actividad probatoria más aplica para ser dilucidadas, lo que no puede darse en un proceso como el amparo que carece de etapa probatoria.
39	06281-2006-PA	14.03.2007	José Guadalupe Cabrera Céspedes contra el Presidente y Secretario de la Junta Directiva de la Asociación de Cesantes y Jubilados del Ministerio de Defensa -Ejército (ACEJMDE)	Se declare sin efecto legal e inaplicable al demandante la Asamblea General Ordinaria de fecha 16 de agosto de 2005, mediante la que se decidió en forma irregular anular el Acta de la Asamblea General de Elecciones de fecha 14 de agosto de 2005, que declaró al recurrente presidente del Consejo de Vigilancia de la Asociación de Cesantes y Jubilados del Ministerio de Defensa -Ejército.	A participar en la vida política, social y cultural de la nación, debido proceso y tutela jurisdiccional	El Tribunal considera que en el caso “se necesita acudir a otra vía específica pues se requiere la actuación de medios probatorios, ya que no se encuentra prueba que acredite la violación de los derechos constitucionales invocados, toda vez que no se ha presentado el Acta de la Asamblea General Ordinaria en que supuestamente se acuerda anular el Acta de Asamblea General de Elecciones realizada el 14 de agosto de 2005; y no se encuentra en forma completa el Estatuto y el Reglamento de la Asociación de Cesantes y Jubilados del Ministerio de Defensa -Ejército (ACEJMDE)”.
40	06404-2006-PA	08.08.2006	Carlos Santos Mantilla Jacobo contra la Universidad Nacional del Santa	Se declare inaplicable la Resolución de Consejo Universitario N.º 560-2004-CU-R-UNS, del 15 de noviembre de 2004, mediante la cual se declara fundado un medio impugnativo interpuesto por don Julio César Rivasplata Díaz, quien además fue posteriormente nombrado como Profesor Auxiliar a Tiempo Completo en la	No se precisa en la sentencia a el derecho constitucional invocado en la demanda.	En la demanda, el actor sostiene haber sido declarado ganador de la referida plaza y que de manera arbitraria la resolución cuestionada lo declara “no apto y eliminado” y otorga dicho puesto a una tercera persona En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que en el caso existen cuestiones controversiales que requieren una etapa probatoria, para resolverse, de la que carece el amparo.

				Plaza N.º 4 del Área de Construcciones y Concreto del Departamento Académico de Ingeniería Civil, Sistemas e Informática de la Facultad de Ingeniería de la referida casa de estudios.		
41	10754-2006-PA	16.01.2007	Yhon Vicente Escalante Cordero contra Proyecto Especial Sierra Centro Sur.	Se deje sin efecto el despido arbitrario del que habría sido objeto, y que por consiguiente, se ordene su reposición en su puesto de trabajo como Personal de Servicio del citado Proyecto o en otro cargo similar.	Trabajo, protección contra el despido arbitrario	El demandante alega que prestó servicios mediante contrato a plazo fijo y luego como locador de servicios. Manifiesta que fue despedido por vencimiento de contrato, sin embargo los mismos estarían desnaturalizados. Sin embargo de las pruebas acompañadas a la demanda, no se puede establecer con certeza que los contratos se hayan desnaturalizados, razón por la cual el Tribunal entiende que se requiere actuar pruebas, lo que en el amparo no es posible
42	06992-2006-PA	27.03.2007	Feliciano Guzmán Ninahuanca Mucha y otro contra la Municipalidad Distrital de Jesús María	Se declare inaplicable la Resolución de Alcaldía N.º 293-2005-AA, que autoriza al procurador de la emplazada a iniciar acciones legales a fin de obtener la nulidad de la Resolución de Gerencia Urbana N.º 027-2004-GDU-MJM, y se declare también inaplicable la Resolución de Alcaldía N.º 376-2005, que resuelve declarar infundado su recurso de reconsideración interpuesto.	En la sentencia no se precisa los derechos constitucionales invocados por el demandante.	El Tribunal sostiene que dado que en el caso se cuestionan actos administrativos, tal pretensión debe ventilarse en el proceso contencioso administrativo, mas aún si existen cuestiones controvertidas que requieren una etapa probatoria que no tiene el proceso de amparo.
43	07060-2006-PA	26.03.2007	María Magdalena Rivera de Ruiz y otro contra Alcalde de la Municipalidad de San Isidro, el ejecutor coactivo y el auxiliar coactivo de dicho Municipio.	Se declare inaplicable la Resolución Directoral N.º 2860 2002-26-DDU/MSI, así como los actos anteriores y posteriores, incluyendo el que ordena la demolición del departamento 302 de su propiedad mediante proceso coactivo,	Debido proceso, legítima defensa e igualdad ante la ley, e inviolabilidad de domicilio	En el caso, el Tribunal entiende que los demandantes alegan ser los propietarios de un inmueble constituido por terreno y construcción respecto de la Municipalidad demandada ha dispuesto su demolición, por cuanto la obra se ha construido sin haber recabado, previamente a la construcción, la correspondiente licencia. Por lo expuesto, se necesitan actuar pruebas

				debiendo disponerse su inmediata suspensión.	o.	que permita establecer la titularidad alegada sobre el bien inmueble, además hay que tener presente que los actos administrativos cuestionados se han dado dentro de un procedimiento administrativo seguido contra quien aparece en el Registro de Catastro no solo como titular del derecho de propiedad sino como el infractor frente a la Municipalidad por haber construido el aludido bien sin la licencia correspondiente. En consecuencia, para resolver el caso se requiere una etapa probatoria, de la que el amparo carece, por lo que corresponde que la misma se ventile en el proceso contencioso administrativo.
44	07135-2006-PA	16.04.2007	Isabel Aída Navarrete viuda de Lévano contra Luis Guillermo Méndez Rodríguez, Lola Irma Gamboa de Méndez, Bertha Jesús Quiroga Luján y Verónica María Urquizo Solís, Notaria Pública.	Se deje sin efecto la rectificación y venta que efectuaron los demandados, así como la ficha Registral N.º 000771, en la que se encuentra la rectificación y venta del inmueble de su propiedad ubicado en la calle Hermanos Angulo N.º 222 del distrito de Pueblo Nuevo, provincia de Chincha, tramitadas por la notaria demandada. También se pretende una indemnización por una suma no menor a S/. 100 000.00 nuevos soles.	Propiedad	El Tribunal entiende que la demandante pretende que se deje sin efecto la rectificación y venta que efectuaron los demandados respecto del inmueble ubicado en la calle Hermanos Angulo N.º 222, distrito de Pueblo Nuevo, Chincha, actos jurídicos celebrados ante la Notaria Pública Verónica María Urquizo Solís, con fecha 26 de enero de 1999, y que han sido inscritos en los Registros Públicos. En el caso, para dilucidar los hechos controvertidos se requiere una adecuada estación probatoria, que no tiene el amparo, empero sí el proceso ordinario.
45	7270-2006-PA	30.03.2007	Luzmila Calderón Meza de Saavedra contra el Colegio de Obstetrices del Perú, el Comité de Ética y Deontología del Colegio de Obstetrices del Perú y el Colegio Regional II – La Libertad, del Colegio de Obstetrices del Perú,	Se declare inaplicable la Res. del Consejo Nacional N.º 139-2004-CN-COP, que separa a la actora del cargo de Decana del Colegio Regional II – La Libertad, del Colegio de Obstetrices del Perú; la suspende e inhabilita para participar en la gestión institucional del Colegio de Obstetrices hasta por dos períodos de gestión institucional;	Debido proceso, defensa, honor, buena reputación, dignidad de la persona, principio o democrático de permanencia	El Tribunal entiende que los colegios profesionales son entidades de derecho público, a tenor de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución, por lo que sus actos tienen la calidad de actos administrativos y pueden ser impugnados en el proceso contencioso administrativo que, a diferencia del amparo, tiene una etapa probatoria adecuada, como la que requiere el caso.

				y la impone una multa administrativa.	ncia en el cargo de decana (sic).	
46	07744-2006-PA	03.04.2007	Justo Acca Aro contra Empresa de Transportes El Mirador.	Se le permita seguir trabajando como transportista de la Empresa de Transportes El Mirador.	Trabajo (según la sentencia a libertad contractual)	El demandante sostiene la negativa del demandado, de no permitirle que siga prestando el servicio de transporte urbano en la ruta N.º 145 en la ciudad del Cusco, constituye una violación del derecho invocado. Agrega que su vehículo debidamente reconocido, forma parte de la flota de vehículos con que cuenta dicha empresa ante la Municipalidad Provincial del Cusco y que hasta la fecha la autoridad competente no ha emitido ninguna disposición que le impida seguir circulando. Sin embargo el Tribunal entiende que el problema no es constitucional sino de carácter civil, pues el demandante, según carta que obra en el expediente, sostiene que entre las partes dejó de existir vínculo contractual al haberse resuelto el contrato de arrendamiento celebrado con dicha empresa sobre un vehículo de su propiedad.
47	07749-2006-PA	17.04.2007	Emilia Tanta Gómez y otro contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones	Se declare la nulidad del procedimiento administrativo y de las resoluciones de sanción dispuestas en su contra, así como que se deje sin efecto el internamiento del vehículo de su propiedad de placa de rodaje N.º SQY-871.	Igualdad, transitar por el territorio nacional, libertad de trabajo y debido proceso.	El Tribunal entiende que en el caso se requiere actuación de pruebas a fin de esclarecer diversos hechos expuestos en la demanda, entre ellos si estaba realizando servicio de transporte interprovincial (Lima-Canta) y si contaba con la respectiva autorización. Lo que no es posible en un proceso sin etapa probatoria como el amparo.
48	07817-2006-PA	17.10.2006	Yorwy Alejandro Makcuado Moreno y otros contra la Municipalidad Distrital de San Isidro	Que cese la amenaza de violación de sus derechos invocados, consistente en la orden de clausura del Centro Comercial Conquistadores Camino Real, ubicado en Av. Conquistadores N.º 282, con salida a la Av. Camino Real N.º 485 - San Isidro, mediante Memorandum N.º 531-	Trabajo y propiedad	Al momento de resolver el caso la amenaza se ha hecho efectiva mediante medida cautelar previa que dispone la clausura del Centro Comercial Conquistadores – Camino Real, mediante Resolución de Gerencia Municipal N.º 785-2005-99-GM/MSI, de fecha 26 de julio de 2005. La resolución en mención señala que el centro comercial es de la empresa Inmobiliaria Confianza S.A. y que dispone la clausura del local al no

				2005-ALC/MSI, de fecha 28 de abril de 2005.		cumplirse los requisitos de seguridad. a efectos de resolver el conflicto surgido por la clausura del local citado es necesaria una etapa probatoria de la que carece el amparo.
49	07874-2006-PA	20.10.2006	Moisés Agapito Huaraca León contra la Asociación de Propietarios del Centro Comercial Polvos Azules de Ica	Se declaren nulas y/o inaplicables a él la Resolución del Consejo Directivo N.º 005-2005-CD-APROPAL, de fecha 8 de noviembre de 2005, y su confirmatoria, Resolución s/n, expedida en la Asamblea General Extraordinaria de Asociados de APROPAL, de fecha 14 de diciembre de 2005, que dispusieron: a) aprobar la exclusión del recurrente como socio de la Asociación de Propietarios del Centro Comercial de Polvos Azules de Ica; y b) otorgarle un plazo de seis días para que proceda a la desocupación del puesto N.º 69.	Trabajo, tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.	El Tribunal entiende que en el caso existen cuestiones controvertidas que deberán ser dilucidadas en un proceso abreviado, que cuenta con una etapa probatoria de la que carece el amparo. Añade que en los casos en que se alega la afectación del debido proceso particular, la procedencia del amparo está condicionada a que se acompañen al expediente los medios probatorios necesarios para dilucidar la respectiva controversia, lo que no sucede en el caso. El caso además presenta disputas y controversias estrictamente legales entre los integrantes de una asociación, que en todo caso deberán ser dilucidadas a través de los mecanismos procesales previstos en la vía judicial ordinaria.
50	08472-2006-PA	11.12.2006	Pietro Cuccio Pellegrini contra e Ministerio de Agricultura y SUNARP.	Se declare inaplicable el artículo 32º, inciso d) del Decreto Ley N.º 22175, alegando que afecta su derecho a la propiedad, pues es incompatible con el artículo 2º, numeral 16) y con el artículo 70º de la Constitución Política del Perú; y, como consecuencia, se declaren inaplicables la Resolución Directoral N.º 0172-83-DR-XV-P, de fecha 8 de junio de 1983, que resolvió declarar la caducidad del título de	Propiedad, defensa y debido proceso.	Entiende el Tribunal que el caso requiere de una adecuada estación probatoria, de la que carece el amparo, para establecer la titularidad del derecho invocado en la demanda.

				<p>propiedad de la “Hacienda Carla” (propiedad de su difunto padre); y la Resolución Ministerial N.º 00102-84-AG/DGRAAR, de fecha 6 de marzo de 1984, que resolvió aprobar el procedimiento seguido para la declaración de caducidad de los títulos y el certificado de propiedad de los predios rústicos, y declarar revertidos al dominio del Estado, entre ellos la “Hacienda Carla”.</p>		
51	08371-2006-PA	12.02.2007	<p>Yrma Ruth García Uculmana contra el Presidente del Gobierno Regional de Ica y el Director Regional de Educación de Ica.</p>	<p>Declarar la nulidad de la Resolución Directoral Regional N.º 1830, del Acuerdo del Consejo Regional N.º 0044-2005-GORE-ICA, de fecha 16 de noviembre de 2005; y del Acuerdo aprobado en Sesión Extraordinaria de Consejo Regional, de fecha 9 de noviembre de 2005, que recomienda la reorganización de la I.E. Antonia Moreno de Cáceres y se nombra a la Comisión que ejecutará su reorganización.</p>	<p>Debido procedimiento administrativo, legítima defensa y cosa juzgada.</p>	<p>En el caso la actora sostiene que los actos cuestionados designan de facto una Comisión Reorganizadora para la IE que dirige, sin que, en su calidad de directora, se le hubiese citado para que ejercite su derecho de defensa, lo que implica violación del debido procedimiento administrativo. El Tribunal entiende que existen cuestiones controversiales que requieren de una adecuada etapa probatoria, de la que adolece el amparo, para su esclarecimiento.</p>
52	8324-2006-PA	26.10.2006	<p>Rosario Rafael Tamariz Paredes contra el contra la Administración Técnica del Distrito de Nepeña, Casma y Huarney</p>	<p>Solicita que se le permita el acceso al agua del canal Popo Alto, de Sector El Arenal-Huambacho para riego de sus plantaciones.</p>	<p>En la sentencia no se precisan los derechos invocados en la demanda.</p>	<p>El demandante sostiene que ha sido reconocido por la Comunidad Campesina de Huambacho como poseedor de tierras de cultivo, y que como tal tiene derecho de acceso al agua para el riego de sus cultivos. Sin embargo, existe un proceso judicial en trámite en el que se cuestiona la titularidad del demandante sobre dichos predios. Razón por la cual la autoridad demandada ha decidido suspender el procedimiento iniciado por el demandante y mediante el cual solicitaba se le autorice el uso del</p>

						agua. Entiende el Tribunal que existen cuestiones controvertidas que requieren de un proceso con etapa probatoria, por lo que declara improcedente el amparo.
53	08480-2006-PA	22.10.2006	Ulises Avilés López contra el Programa Nacional de Manejo de Cuencas Hidrográficas y Conservación de Suelos (PRONAMACHCS)	se declare inaplicable el contenido de la Carta N.º 240-2004-AG-PRONAMACHCS-GG, mediante la cual se le comunica que se ha decidido resolver su contrato de trabajo; y que por consiguiente se ordene al emplazado que lo reincorpore en su puesto de trabajo y que le reconozca su tiempo de servicios.	Trabajo	De un lado el demandante manifiesta que los contratos modales suscritos con la demanda están desnaturalizados, en tanto que ésta señala que el recurrente no ha sido despedido, sino que su relación laboral se extinguió por la causal de vencimiento del plazo del contrato. Por lo que el Tribunal concluye que no existen suficientes elementos de juicio para dilucidar la controversia, requiriéndose de la actuación de pruebas por las partes, lo que no es posible en el amparo porque carece de etapa probatoria.
54	08310-2006-PA	26.10.2006	Lily Isabel Dalila Moreno Alarcón de Olivera contra Eduardo Genaro Ávalos Rodríguez y Lourdes Verónica Encarnación Eucástigue de Ávila	Cese la violación de su derecho constitucional de propiedad por haber destruido las paredes y estructuras de su inmueble, ubicado en el Jr. Huanta N.º 541-545, Cercado de Lima, pared colindante por el lado izquierdo de su propiedad.	Propiedad	En el caso, tanto la demandante como los demandados discuten la propiedad de la pared levantada (luego demolida) en el lindero de los predios, lo que requiere de una etapa probatoria (con peritajes inclusive) para dilucidar la controversia sobre titularidad de la pared demolida. En dicho sentido señala el Tribunal que: “siendo evidente que existe contradicción entre las versiones de las partes y no bastando la presentación de las pruebas instrumentales para resolverlas, esta vía no es la idónea pues se está discutiendo en el fondo a quién le pertenece el lado izquierdo del inmueble ubicado en Jr. Huanta, Cercado de Lima(...)”, por lo que se concluye que: “en el presente caso el acto presuntamente lesivo consiste en que los demandados ha demolido la pared delimitadora de lindero que colinda con el lado izquierdo de la propiedad de la demandante, creyendo ésta última que es de su propiedad, y no siendo el proceso de amparo la vía idónea para dilucidar la controversia, sino el proceso ordinario, que además tiene estación probatoria, la demanda debe desestimarse”.
55	08601-2006-PA	17.04.2007	Clementina Manuela Mallqui	Se deje sin efecto lo dispuesto por la	Aunque expresa	En el caso el demandante no ha logrado acreditar tener la licencia de

			Dávila contra la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores	Resolución de Alcaldía N.º 000758, de fecha 20 de agosto de 2003, y la Resolución N.º 000662, de fecha 30 de julio de 2003, mediante las cuales se ordenó la demolición de las edificaciones efectuadas en el predio ubicado en el lote 1 Mz. X7, sector Villa San Luis, Pamplona Alta, San Juan de Miraflores.	mente no se indica en la demanda, del caso se advierte que el derecho invocado es el de propiedad.	construcción correspondiente ni la propiedad sobre la parte del terreno sobre el que se ha dispuesto la demolición, ni tampoco la correspondencia entre las construcciones realizadas y los linderos de su predio consignados en sus títulos de propiedad. Por lo expuesto, se concluye que la controversia plantea aspectos que requieren de un proceso con etapa probatoria (como la verificación de la observancia de la normativa vigente en relación con las edificaciones hechas en el predio, y todo ello a partir del cotejo entre los certificados de fábrica y las edificaciones). Lo que no es posible en el amparo, por carecer de etapa probatoria.
56	8169-2006-PA	22.03.2007	Carlos Aníbal Cuquián Jerónimo contra el Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación y Humanidades de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica.	Se declare nula y/o inaplicable la convocatoria a concurso extraordinario de plazas docentes publicada en el diario "La República" el 12 de octubre de 2005.	Debido proceso	El demandante sostiene que la convocatoria a concurso cuestionada vulnera el debido proceso, pues que se ha realizado al margen de lo dispuesto por la Ley Universitaria, Ley N.º 23733, y el Estatuto de la Universidad. El Tribunal considera que el caso debe ser resuelto en la vía ordinaria y no en el amparo, pues la controversia plantea aspectos que requieren de un proceso con etapa probatoria, tales como la verificación de las reglas legales y estatutarias a las que debía sujetarse la convocatoria, así como la verificación de si en los hechos éstas fueron o no respetadas.
57	08633-2006-PA	21.03.2007	Empresa Transcontinental de Comercio SAC contra el Ejecutor Coactivo de la SUNAT (Regional Piura)	Se deje sin efecto el auto de adjudicación y todo lo actuado en el proceso coactivo del expediente N.º 0830612342 seguido por la SUNAT contra la Empresa Agropecuaria del Chira S.A.C., sobre pago de deuda tributaria.	En la resolución no se hace referencia al derecho invocado por el demandante	El ejecutor coactivo demandado ignora la medida cautelar que el demandante tenía trabada a su favor en Registros Públicos con la intención de ejecutar el bien ejecutado administrativamente. Se alegan una serie de vicios que invalidarían el procedimiento administrativo de remate. Lo anterior evidencia que se requiere de un proceso con etapa probatoria, como el proceso contencioso administrativo.
58	09222-2006-PA	11.01.2007	Otilia Dilas Carhuatay contra el Consejo Directivo de la Junta	se ordene al provincia y departamento de Cajamarca, reinstale el servicio de agua potable en el domicilio de la	Asociación, igualdad ante la ley y	El Tribunal considera que los actuados no son suficientes para dilucidar: a) si la demandante contaba con el servicio de agua potable en su domicilio con la autorización

			Administradora de Servicio de Saneamiento (JASS) del barrio Venecia del Centro Poblado Menor de Santa Bárbara del distrito de Baños del Inca (Cajamarca).	demandante.	salud	respectiva de la emplazada; b) el tipo de vínculo que la demandante tiene con la JASS de Huarcatay, que es otra entidad que le provee del servicio en mención; c) si la casa de la demandante se encuentra dentro de la jurisdicción de la JASS Venecia y d) si la negativa de ésta a proporcionarle el servicio hasta su domicilio es arbitraria o si, por el contrario, responde al deber de tutelar que el servicio de agua potable se brinde a todos los pobladores del barrio Venecia. Por lo que concluye que el caso requiere etapa probatoria de la que carece el amparo.
59	09034-2006-PA	30.03.2007	Henry Cárdenas Bardales contra el OSINERG	Se inaplique el acta de ejecución de medida cautelar de fecha 31 de mayo de 2005, mediante la cual la demandada clausuró el establecimiento denominado Estación de Servicios "San Fernando".	Trabajar libremente, libertad de empresa y comercio, debido proceso y defensa	En el caso, se considera que la controversia requiere actuación de medios probatorios por cuanto se alega que la clausura se debió a que el demandante no contaba con el código de uso y funcionamiento, sin embargo no se tomó en cuenta, según el actor, que estaba en trámite el levantamiento de las observaciones realizadas por OSINERG, con fecha 21 de agosto de 2002.
60	09406-2006-PA	11.01.2007	Rolfe Miranda Genovez, representando a APALMA Paraiso contra el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA)	Se ordene a INRENA devolver al actor 259 piezas de madera aserrada, que, como sanción, se impuso en la Resolución Administrativa N.º 017-2006-INRENA-ATFFS-Tingo María, confirmada por la Resolución Administrativa N.º 022-2006-INRENA-IFFS-ATFFS-TM a la entidad poseionaria del terreno donde se encontraban ubicadas las piezas de madera de su propiedad.	Propiedad	Dado que en el caso se requiere determinar si las piezas incautadas son propiedad de la actora, se concluye que ese requiere una etapa de actuación de pruebas de la que carece el amparo.
61	09254-2006-PA	11.01.2007	José Faustino SaicoApolaya contra Empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus	Se deje sin efecto la carta de renuncia forzada de fecha 9 de junio de 2005, con el objeto que se ordene su reincorporación en el	Trabajo, protección contra el despido.	En la demanda el actor alega que la empresa le obligó a firmar su carta de renuncia; luego de lo cual cursó una carta notarial retractándose de la renuncia con el objeto de reincorporarse, y que, no obstante,

			y Jhonston S.A.A	cargo que venía desempeñando y se reconozca las remuneraciones y beneficios dejados de percibir.		solicitó el apoyo del Sindicato de trabajadores de la empresa, y procedió a denunciar los hechos ante la Dirección Regional de Trabajo y Promoción Social de la localidad de Ate. En ese sentido, se puede apreciar que el denunciado sería un despido fraudulento y, por tanto, resulta un tema controvertido que en todo caso deberá ser discutido en la vía procesal laboral correspondiente, en la que las partes tendrán la posibilidad de actuar todos los medios probatorios pertinentes a efectos de determinar si realmente la voluntad del demandante fue viciada al momento de firmar la carta de renuncia.
62	9786-2006-PA	19.04.2007	Asociación de Comerciantes del Mercado Municipal N.º 1 de Santa Patricia contra el Director Nacional de Prevención del Instituto Nacional de Defensa Civil - INDECI- y el Director Regional de Defensa Civil de Lima y Callao	Se deje sin efecto el extremo de la Resolución Directoral N.º 017-2004-DINAPRE-INDECI que dispone la remisión del Informe Técnico de Seguridad en Defensa Civil que resulte a la Municipalidad Distrital de La Molina, y se ordene que se le envíe el citado informe, a fin de permitirle subsanar y dar cumplimiento a las observaciones hechas por esta entidad respecto a las condiciones de seguridad de las instalaciones del Mercado N.º 1.	No se precisa en la resolución	En el caso resulta necesario un pronunciamiento sobre la condición jurídica de la demandante respecto al predio en donde se ubica el Mercado N.º 1 de Santa Patricia: propietaria, poseedora, poseedora precaria o conductora comercial de dicho mercado, a fin de determinar si corresponde o no acoger su pretensión; lo que requiere la actuación de pruebas que no es posible en el amparo.
63	9749-2006-PA	09.01.2007	Rolando PercyEscobar Lino contra el Consejo de Ética, el Tribunal de Honor y el Decano del Colegio de Abogados de Lima.	Se deje sin efecto las Resoluciones del Consejo de Ética N.ºs 684-2002-CE/DEP/CAL, de 6 de setiembre de 2002, y 175-2003-CE/DEL/CEL, del 1 de abril de 2003; así como la Resolución de 13 de octubre de 2003, emitida por el Tribunal de Honor del Colegio	Debido proceso, libertad de trabajo y tutela jurisdiccional	La resolución del caso requiere de una etapa de actuación de medios probatorios de la que carece el amparo.

				de Abogados de Lima, mediante las cuales se le abrió proceso disciplinario, que culminó con su expulsión como miembro de la entidad demandada.		
64	9717-2006-PA	09.01.2007	Silvia Amparo BalbinSeguil y otro contra la Municipalidad Provincial de Huancayo	Se les restituya el bien inmueble de su propiedad.	Propiedad	En el caso, los demandantes sostienen que son propietarios de un lote de terreno de 120 m2, ubicado en la intersección del Jr. Salcedo y la calle Huancas de la ciudad de Huancayo, y que la Municipalidad demandada ha procedido a efectuar sobre el área de dicha propiedad la obra denominada <i>Malecón Salcedo</i> . De lo expuesto, se colige que para resolver la controversia se requiere establecer si los recurrentes son propietarios del inmueble afectado, lo que necesita de una etapa probatoria de la que carece el amparo.
65	10167-2006-PA	17.10.2007	Jenny Esmeralda Mendoza Sánchez y otro contra la Empresa Electrocentro	Los demandantes cuestionan el monto de facturación por consumo de energía eléctrica	Igualdad y no discriminación, protección de los consumidores y usuarios	El Tribunal considera que a efectos de dilucidar la controversia, resulta necesario conocer los criterios de categorización (comercial y residencial), así como de medición del alumbrado público para su respectivo cobro; especificar la cantidad de kilovatios (kW) consumibles por el actor para determinar el recargo o descuento establecidos en la Ley 27510, en su modificatoria mediante Ley 28307 y en la Resolución del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) 2123-05/CD; y por último, corroborar la utilización del predio del recurrente; aspectos todos ellos que no pueden ser verificados en la vía extraordinaria del amparo, por carecer esta de estación probatoria.

ANEXO N° 02

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA PRIMERA SALA SUBESPECIALIZADA EN
LO COMERCIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SOBRE
RECURSOS DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

N°	EXP	Fecha	Partes	Sentido del fallo	<i>Ratio decidendi</i>
1	1023-2006	13.01.2007	Empresa contra Entidad Estatal	Infundado	Se alega afectación al derecho de defensa, al no haberse resuelto su solicitud de fraccionamiento del pago de los costos del arbitraje, lo que motivó que el tribunal arbitral no resuelva su reconvencción. Se consideró que no existe afectación, en tanto de acuerdo a las reglas del reglamento de la institución que administra el arbitraje, reposa en las partes la obligación de cancelar los costos del arbitraje. Se considera que el sometimiento al arbitraje implica el sometimiento a las reglas de procedimiento pactadas por las partes o previstas en el reglamento de la institución arbitral que lo administra.
2	1028-2006	26.01.2007	Entidad Estatal contra empresa	Infundado	Se cuestionaba que el tribunal arbitral emitió pronunciamiento sobre materia no sometida a arbitraje. Sin embargo, la materia sobre la cual se emitió pronunciamiento, fecha de culminación de obra, estaba relacionada con la materia objeto del arbitraje: la resolución del contrato ejecutada por la entidad pública.
3	1961-2006	30.01.2007	Empresa contra entidad estatal	Infundado	Se cuestiona que el árbitro no haya emitido pronunciamiento sobre una de las cuestiones controvertidas establecidas en el acta de audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos. Sin embargo, se establece que en la resolución integradora del laudo, se ha remitido a considerandos del laudo que contienen el pronunciamiento presuntamente omitido. Se considera que el punto controvertido alegado por la demandante sí ha sido merecido pronunciamiento arbitral.
4	1960-2006	31.01.2007	Consortio contra entidad estatal	Infundado	Se cuestiona el laudo por dos motivos: se incorporó prueba de oficio por el árbitro único, sin embargo, al ahora demandante no se le dio oportunidad de contradecir dicho medio de prueba, y también que el laudo arbitral fue expedido fuera del plazo previsto en la ley. Al respecto se ha establecido que la actuación de la prueba de oficio, estaba contemplada dentro de las reglas del procedimiento previsto en el acta de instalación árbitro, asimismo cuando se admitieron medios de prueba de las partes el tribunal se reservó la posibilidad de actuar pruebas de oficio además de tener respaldo legal. En cuanto a la posibilidad de cuestionarla dicha prueba, este argumento se descarta en atención a que la prueba se incorporó al expediente, pudiendo la ahora demandante haberla cuestionado en su oportunidad, además que en el mismo figura la firma de un ingeniero residente que trabaja para la propia demandante. En relación al otro argumento, se considera que el laudo fue emitido dentro del plazo previsto en el acta de instalación, que contemplaba un plazo distinto al previsto en la ley de arbitraje.
5	1922-2006	31.01.2007	Señor X contra entidad	Infundado	Se cuestiona que al resolver la controversia se hayan empleado normas distintas a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, asimismo se cuestionan algunos fundamentos de fondo del laudo (valoración de prueba actuada y su apreciación razonada) y que se

			estatal		<p>ha emitido pronunciamiento sobre una cuestión no sometida a arbitraje. El primer cuestionamiento es descartado en atención a que su evaluación importaría emitir un pronunciamiento sobre el derecho aplicable al resolver la controversia, lo que no es causal de anulación. En relación con la segunda objeción al laudo, importaría emitir un juicio de validez en torno al criterio empleado por el árbitro único al resolver la controversia, lo que está impedido por la ley. Finalmente, se considera que el tercer cuestionamiento no tiene sustento, en tanto el punto controvertido consistente en <i>“determinar si procede o no declarar aprobadas las ampliaciones de plazo y la ampliación parcial por demora en aprobación del informe N° 03, además del pago de los costos directos, gastos generales y utilidad correspondientes”</i> está inmersa en la propia pretensión del ahora demandante consistente en que se <i>“apruebelas ampliaciones de plazo y la ampliación parcial por demora en aprobación del informe N° 03, además del pago de los costos directos, gastos generales y utilidad correspondientes”</i>.</p>
6	2302-2006	10.04. 2007	Entidad estatal contra empresa	Infundado	<p>Se cuestiona que el tribunal arbitral haya establecido en el laudo que el Estado no tiene competencia para requerir características técnicas en los bienes que adquiere, lo cual contraviene la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y que se ha pronunciado sobre materia que no podía ser objeto de arbitraje, al pedirse la invalidez de informes de ensayo y dirimencias que son el resultado de la función fiscalizadora del Estado. Se considera que dichos cuestionamientos están destinados a que se revise el fondo de lo resuelto en el laudo arbitral, lo cual está proscrito por el ordenamiento. Cabe resaltar que un voto singular en donde se precisan las razones para rechazar la demanda. En dicho sentido, en relación con el primer argumento, se precisa que en el laudo no se ha establecido que el Estado no tenga la competencia para establecer requisitos sobre los bienes que adquiere, sino que tales especificaciones debieron haber sido aprobadas por el Comité Especial en el decurso del proceso público de adquisición, es decir lo que el tribunal arbitral estableció es que no pueden exigirse características técnicas distintas a las ya establecidas y aprobadas en la evaluación del proceso por el Comité Especial. En relación con el segundo cuestionamiento, no se acredita que en el laudo se haya emitido pronunciamiento relacionadas con las funciones propias del Estado, máxime si en el laudo no se observa pronunciamiento sobre la validez de los informes de ensayo y dirimencias que se aluden en la demanda.</p>
7	2331-2006	11.04. 2007	Entidad estatal contra empresa	Infundado	<p>En primer lugar, se cuestiona que el presidente del tribunal arbitral no haya puesto en conocimiento de las partes el que haya formulado denuncia en contra de la ahora demandante ante el CONSUCODE, con lo cual se le impidió recusar a dicho árbitro y por ende ejercer su derecho defensa. Como segundo motivo de cuestionamiento se alega que el tribunal arbitral se ha pronunciado sobre materia no arbitrable, pues la validez de los informes de ensayo y dirimencia corresponde al ejercicio de funciones estatales. En relación con el primer argumento se señala que entre el momento en que la ahora demandante y la fecha del laudo transcurrió un tiempo razonable para que la entidad pudiera haber ejercido el derecho a recusar al árbitro, más aún si es la propia entidad la que ha sido denunciada por el mentado árbitro ante CONSUCODE. En relación con el segundo argumento, el mismo se descarta pues a lo largo del arbitraje se estableció que las verificaciones, contenidas en los informes de ensayo y dirimencia, forman parte del proceso de ejecución del contrato de suministro suscrito entre la demandante y la empresa</p>

					demandada.
8	795-2005	27.04. 2007	Entidad estatal contra empresa	Infundado	Este caso en primer lugar fue declarado fundado el recurso de anulación (las los argumentos no se precisan), sin embargo regresa con pronunciamiento casatorio de la Corte Suprema que declaró nula la resolución, ordenando se emita nuevo pronunciamiento. Los argumentos que sustentan el recurso de anulación son que el tribunal arbitral ha desarrollado aspectos doctrinarios ajenos a la controversia arbitral, y que se ha laudado sobre materia que no puede ser sometida a arbitraje (enriquecimiento sin causa). En relación con el primer argumento se señala que la Corte Suprema ha establecido que el árbitro se ha pronunciado sobre los puntos controvertidos fijados en el acta de Audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios. En relación con el segundo argumento, se sostiene que la Corte Suprema considera que la entidad estatal al no haberse opuesto cuando se fijó como punto controvertido la determinación del enriquecimiento sin causa, tácitamente convalidó dicha la competencia de los árbitros.
9	2734-2006	21.05. 2007	Empresa contra árbitro único	Infundado	El cuestionamiento reposa en que se afectó el derecho de defensa del demandante que se produjo con la expedición de la aclaración del laudo, pues para eludir su deber de motivación el árbitro se escudó en la aplicación supletoria del Código Procesal Civil (CPC), que es una norma no aplicable al arbitraje. La Sala considera que no existe relación entre la alegada afectación al derecho de defensa y la aplicación del CPC para resolver la aclaración, por otro lado, considera la Sala que la aplicación supletoria del CPC no está vedada por la legislación arbitral, más si ésta no ha precisado los alcances de la aclaración del laudo arbitral.
10	2338-2006	02.08. 2007	Empresa A y señor X contra empresa	Infundado	El cuestionamiento se sustenta en que las solicitudes de aclaración del laudo no han sido debidamente motivadas, es más se ha aplicado una norma procesal, CPC, que no resulta aplicable en virtud a que está referida a resoluciones distintas al laudo. Sostienen que están de acuerdo con el laudo, empero no con la resolución de las solicitudes de aclaración, en tanto se ha restringido el objeto de pronunciamiento vía aclaración al haberse aplicado el CPC, pues legalmente los árbitros tienen la obligación de aclarar el laudo en aquellos extremos en que las partes así lo soliciten. Se rechaza la anulación formulada, pues la Sala considera que los ahora demandantes pretenden vía aclaración que se vuelva a emitir pronunciamiento sobre lo resuelto mediante el laudo, por lo que no ha sido lesionado el derecho de defensa cuando el árbitro no ha accedido a la aclaración solicitada.
11	1757-2006	09.08. 2007	Empresa A y Empresa B contra Empresa C	Fundado en parte	El convenio arbitral estaba inserto en un contrato de transferencia de propiedades mineras suscrito entre las empresas A y B a favor de la empresa C. La Empresa A cuestiona el laudo por las siguientes razones: a) el tribunal arbitral ha prescindido de una prueba necesaria para resolver (inspección ocular), b) indebida anulación, por parte del tribunal arbitral, de la aceptación de renuncia de un árbitro, c) extravío de un recurso de recusación formulado contra un árbitro, d) indebido trámite del recurso de recusación formulado contra todos los árbitros, e) el laudo contiene un fallo <i>extrapetita</i> . La empresa B cuestiona el laudo por motivos similares, a lo que agrega que: a) el caso debió ventilarse en el Poder Judicial, por lo que el Tribunal arbitral ha desviado a las partes del procedimiento preestablecido, b) no existe imparcialidad en el órgano que eligió a los árbitros, c) el tribunal arbitral no acató diferentes resoluciones judiciales que ordenaban la suspensión del arbitraje, d) fijación de excesivos honorarios arbitrales, e) insuficiente motivación de

					<p>las resoluciones que resuelven las recusaciones, f) en el laudo arbitral se hizo uso de argumentos que no fueron invocados por las partes ni en su demandas ni en las contestaciones, h) se ha laudado sobre materia no sometida a arbitraje, e, i) se está extendiendo los efectos del laudo a una persona ajena al contrato y al convenio arbitral. La Empresa C rechaza todos los argumentos. La Sala resuelve el recurso de anulación, declarando fundado en parte el mismo (porque se acoge uno de los argumentos de las demandas), en base al argumento de que el representante, que a su vez era presidente y gerente general de las empresas demandantes, actuó en la celebración del contrato de transferencia como apoderado de dichas empresas, pero no contaba con facultades expresas para celebrar el convenio arbitral, razón por la cual el mismo es inválido por inexistente (ya que quien lo celebró nunca contó con poderes para hacerlo).</p>
12	2235-2006	20.08. 2007	Entidad estatal contra empresa	Infundado	<p>Se cuestiona que el tribunal arbitral emitió pronunciamiento sobre materias objeto de un anterior arbitraje. Este cuestionamiento se descarta al establecerse que las partes al no haber ejercido oportunamente la excepción de cosa juzgada, han convalidado la competencia de los árbitros, por lo que no existe afectación al derecho de defensa, asimismo, se observa en el acta de fijación de puntos controvertidos que las partes ampliaron la competencia del tribunal arbitral.</p>
13	2633-2006	24.08. 2007	Empresa contra señora X y Árbitro Único	Infundado	<p>En el caso se invoca, como sustento de la anulación, los numerales 6 y 2 del artículo 73 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, es decir que el árbitro único ha emitido pronunciamiento sobre materia no sometida a arbitraje y que se afectado el derecho de defensa de la actora. Como primer argumento se sostiene que en el laudo se han aplicado normas no pertinentes ni aplicables al contrato de comisión mercantil sometido a arbitraje, como lo son las normas del Código Civil, pues no se ha tenido en cuenta la especialidad del contrato; por lo que en este extremo se ha incurrido en exceso de funciones por parte del árbitro al laudar sobre materia no sometida arbitraje. Como segundo argumento se sostiene que existe una motivación aparente pues los motivos por los cuales se concluyó que no eran aplicables las directivas internas de la empresa para resolver algunos puntos controvertidos no son razones suficientes para arribar a tal conclusión. Al momento de resolver las cuestiones controvertidas, la Sala, en relación con la primera, considera que las normas aplicadas del Código Civil son básicas del ordenamiento y por ende no pueden ser soslayadas al momento de resolver, más si en el Acta de Instalación del Árbitro Único se estipuló que en defecto o vacío de las reglas aplicables, el árbitro resolvería del modo que considere apropiado. Finalmente, vinculado con el segundo argumento, se sostiene que</p>
14	1951-2006	26.09. 2007	Empresa contra entidad estatal	Infundado	<p>La empresa demandante cuestiona en el arbitraje que participó se habría producido la afectación de su derecho de defensa en, al no haber sido notificada con las Resoluciones 22, 23 y 24, que respectivamente ponen a disposición de las partes ciertos medios de prueba, otorgan un plazo para que expongan lo conveniente y que luego de ello el expediente se ponga a disposición del Tribunal Arbitral para resolver. Argumenta que la entidad demandada en el arbitraje puso extemporáneamente en consideración del Tribunal documentos que no guardan relación con el contrato de ejecución de obra suscrito entre las partes, asimismo la resolución que resuelve su recurso de reconsideración no adjunta la razón de relatoría ni el cargo de notificación de las resoluciones. Asimismo, la empresa cuestiona el hecho de que el Tribunal Arbitral se</p>

					<p>ha pronunciado sobre materia no sometida a arbitraje, ya que entre las partes no se habría sucedido ninguna controversia sobre los puntos acordados en el Acta de paralización de obra de fecha 02 de febrero de 2004. Sustenta el recurso de anulación en la vulneración de los numerales 2 y 6 del artículo 73 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje. Al resolver el recurso de anulación, éste se declara infundado por cuanto se considera que el Tribunal Arbitral, para efectuar las notificaciones, había seguido las reglas establecidas en el Acta de Instalación, el cual no fue cuestionado por las partes del arbitraje. Por lo que se concluyó que la actora en este extremo había sido correctamente notificada con las resoluciones 22, 23 y 24. En relación con el segundo motivo de anulación alegado, en la resolución del caso se considera que el convenio arbitral establece de manera amplia y general que “cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje”. En dicho marco, en el acta de fijación de puntos controvertidos se estableció resolver algunas cuestiones vinculadas al acta de paralización de obra, lo que no fue cuestionado en su oportunidad por ninguna de las partes, razón por la cual se rechaza este extremo de los fundamentos de la empresa actora.</p>
15	2441-2006	01.10.2007	Entidad estatal contra empresa	Infundado	<p>En el caso se cuestiona la excesiva dilación para emitir el laudo, pues éste fue emitido luego de dos años y dos semanas después de haberse instalado el Tribunal Arbitral. Es decir, que el laudo fue emitido fuera del plazo establecido, según lo previsto en el numeral 5 del artículo 73 de la LGA. Para resolver el fondo, la Sala señala que la disposición invocada por la actora establece que dicha causal procede a condición de que la parte que lo invoque lo hubiera por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo. En el caso, éste trámite previo no se ha presentado. Razón por la que se rechaza la demanda.</p>
16	1489-2006	05.10.2007	Empresa contra entidad estatal	Infundado	<p>En el caso se cuestiona que el Tribunal Arbitral laudó sobre materia no sometida a competencia de los árbitros. Al respecto se señala que en el caso arbitral, la entidad estatal solicitó a los árbitros (numeral 6 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje) que declaren la resolución del contrato de suministro de bolsas de cemento suscrito entre las partes, empero el Tribunal arbitral laudó declarando la continuidad del contrato. Al analizar el fondo, la Sala que conoce de la anulación señaló que en el Acta de conciliación y fijación de puntos controvertidos se estableció si en el caso correspondía declarar nula y sin efecto legal la resolución contractual realizada por la empresa del contrato de adquisición de cemento, así como determinar si procede declarar la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales del contratista, ordenando la ejecución de las garantías otorgadas. Siendo que al momento de laudo los árbitros acogieron el primer punto controvertido y resolvieron: “Sin efecto legal la resolución del contrato ejecutado por la empresa, por consiguiente, vigente el contrato, debiendo la empresa cumplir con entregar las 2,600 bolsas de cemento y otras que estuvieren pendientes de entrega”, la razón para haber procedido de esta manera radica en que la empresa, ahora demandante, no había seguido el procedimiento para la resolución de contratos previsto en el artículo 144 del TUO del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Por otro lado, si bien en el laudo se advierte que hubo incumplimientos por parte de la empresa demandante, éstos no podían resolver el contrato en tanto dicha facultad sólo pertenece a las partes. Por lo que se concluye que lo decidido por los árbitros se enmarcaba dentro de la cuestión litigiosa vinculada a la resolución del contrato.</p>

17	2733-2006	16.11.2006	Empresa contra señor X y otro	Infundado	<p>En el caso, la empresa demandante sostiene que se ha afectado el derecho de defensa y el debido proceso, según lo establecido en el numeral 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. En cuanto al primer motivo de anulación, se aduce que se afectó el derecho de defensa porque el Tribunal Arbitral en el laudo señaló que no podía pronunciarse sobre la imprudencia temeraria del conductor y sobre su actuar negligente, en tanto ello supondría asumir competencias que corresponden a una autoridad administrativa, generando que el caso sea resuelto mediante un argumento no que no fue materia de discusión, sin tenerse en consideración que era objeto del litigio arbitral la responsabilidad civil derivada del accidente de tránsito, para lo cual debía analizarse y calificar los hechos aplicando los estándares civiles de responsabilidad y, en especial, el estándar establecido en la póliza de seguros y determinar si corresponde que la empresa otorgue la cobertura de la póliza lo que es diferente a establecer si hubo o no infracción a las reglas de tránsito. Sobre este primer extremo, la Sala estimó que el derecho de defensa importa que no se haya causado indefensión a las partes o que se les haya dado igual oportunidad de exponer lo que a su derecho conviene; siendo así se advierte que las partes no recusaron a los miembros del Tribunal Arbitral, que tuvieron oportunidad de presentar sus alegatos, pruebas y de participar en igualdad de condiciones en el informe oral, habiéndose emitido el laudo dentro de los plazos previstos, razón por la cual no se advierte vulneración del derecho defensa.</p> <p>Advierte el órgano judicial que lo que en verdad cuestiona la empresa actora son los motivos o razones por las cuáles se resuelve el fondo de la controversia, lo que no es posible vía el recurso de anulación, mediante el cual se ejerce un control sobre la forma y no sobre el fondo de lo resuelto en el arbitraje. En cuanto al segundo motivo de anulación, se sostiene que se afecta el debido proceso porque: a) no hubo deliberación de los árbitros que resolvieron en mayoría pues uno de ellos estuvo fuera del país cuando se emitió el laudo, b) hay motivación defectuosa en el laudo, pues –se sostiene que- la responsabilidad civil generada por el despiste del vehículo es diferente a la responsabilidad penal o administrativa, y sin embargo, al analizar la impericia en el accidente, se concluye que al no haber infracción de tránsito no hay responsabilidad civil; y, c) los criterios expuestos en el laudo no están fundados en el derecho aplicable, sino en criterios subjetivos que impiden un pronunciamiento sobre lo que fue discutido en el litigio arbitral. Al respecto, la Sala entiende que en laudo se estableció, en base a la presunción de inocencia, que al no haber infracción de tránsito no había responsabilidad por parte del conductor del vehículo siniestrado. Asimismo advierte que existe una motivación suficiente, que le permite al Tribunal sustentar cada uno de los puntos resolutivos contenidos en el laudo (obligación de pago de la aseguradora, elementos y parámetros que han conducido al Tribunal Arbitral a determinar el monto de la obligación y de los intereses, así como los destinados a desvirtuar los fundamentos de las demás pretensiones). Considera la Sala que en el fondo, se pretende cuestionar los motivos o razones mediante los cuáles los árbitros resuelven el fondo del caso, lo que no es posible de ser revisado por la jurisdicción ordinaria. Finalmente, en cuanto a la ausencia de deliberación de los árbitros señalan que dicho motivo no es causal de anulación, y que el hecho de que uno de los árbitros no haya estado en el país no es impedimento para no estar de acuerdo con los fundamentos del fallo (lo que se acredita con la suscripción del mismo</p>
----	-----------	------------	-------------------------------	-----------	--

					por dos de los tres árbitros designados).
18	456-2007	13.11.2007	Empresa contra señor X	Infundado	En la instancia del recurso de anulación se cuestiona una afectación al debido proceso por parte del Árbitro Único, al no haber valorado prueba aportada por la empresa que recurre en anulación y. por otro lado, se alega afectación al derecho de defensa por haberse modificado el laudo luego de haberse expedido. Se sustenta la anulación en el numeral 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. Vinculado al primer motivo de anulación; se sostiene que no se ha valorado medios de prueba fundamental tales como exhibiciones de documentos, declaraciones testimoniales de abogados, reportes de seguimiento de procesos e informe legal. Sin embargo, la Sala sostiene que, sin revisar el fondo de lo resuelto, en el laudo se aprecia la valoración de los medios de prueba aludidos, por lo que no se habría incurrido en la causal alegada en este primer extremo. En cuanto al segundo motivo de anulación, vinculada a la afectación del derecho defensa, presuntamente afectado por la modificación posterior del laudo, se sostiene que las aclaraciones, integraciones y correcciones al laudo guardan congruencia con lo resuelto mediante el laudo arbitral.
19	585-2007	07.04.2008	Entidad estatal contra empresa	Infundado	En el caso se cuestiona un arbitraje de conciencia por las causales de afectación del debido proceso (numeral 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje) y por haber arbitrado materia no sometida arbitraje, excediendo la competencia material de la que disponían los árbitros (numeral 6 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje). En dicho sentido, como primer motivo de anulación se sostiene que en el laudo existiría una indebida motivación, específicamente no habría una razón suficiente, en tanto lo expuesto en el laudo no serviría para demostrar el sentido del fallo. La Sala considera que la motivación impone el deber de expresar las razones que llevan a una determinada decisión, no así el deber de pronunciarse por todos y cada uno de los argumentos de las partes. En dicho sentido, sostiene que lo que pretende la demandante es que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobretodos y cada uno de sus argumentos de defensa, y por otro lado, que tal proceder implica un reexamen de lo decidido sobre el fondo de la controversia resuelta mediante el laudo arbitral, lo que no puede hacerse vía recurso de anulación, según lo dispuesto por el artículo 61 de la LGA. En cuanto al segundo fundamento de la anulación, refiere la demandante que el Tribunal Arbitral al integrar el laudo, ordenando el pago de intereses, habría laudado sobre materia no sometida al arbitraje. Sin embargo, la Sala considera que tal integración tiene sustento en la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal y a la segunda pretensión subordinada formuladas por la Empresa, puesto que en ella se señala que deberá tenerse en cuenta los intereses devengados.
20	1048-2007	08.04.2008	Entidad estatal contra empresa	Infundado	En el caso se cuestiona que en el laudo arbitral se han aplicado normas sobre contrataciones y adquisiciones, que regulan la obligatoriedad del arbitraje, no pertinentes al caso en función al criterio de temporalidad. Se invoca la causal del numeral 6 del artículo 73 de la ley General de Arbitraje, es decir que se laudado sobre materia no sometida a arbitraje. La Sala concluye que en el caso se aplicaron las normas pertinentes y que, en todo caso, no se cuestionó la competencia del Tribunal Arbitral al momento de su instalación. Por otro lado, se considera que el Tribunal se ha pronunciado sobre las materias sometidas a su conocimiento.
21	1161-2007	23.04.2008	Empresa contra entidad	Infundado	En el presente caso se cuestionaba la aplicación principal y no supletoria de las disposiciones de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, perjudicando así la aplicación de la Ley de

			estatal		Contrataciones y Adquisiciones como normativa principal. La actora entiende que este proceder del Tribunal Arbitral lesiona su derecho al debido proceso. Sustenta la anulación en el numeral 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. La Sala considera que el argumento no puede ser amparo, pues la misma no constituye un argumento vinculado con el derecho de defensa sino un cuestionamiento al razonamiento jurídico utilizado por el Tribunal Arbitral para resolver la controversia. Adicionalmente a ello, la Sala encuentra que el sustento de la anulación resulta contradictorio, pues del escrito de la demanda arbitral se desprende que la actora pretendió la aplicación de las normas de la Ley N° 27444 que dentro de la anulación cuestiona.
22	690-2007	28.04. 2008	Empresa contra entidad estatal	Infundado	Se alagaba afectación del derecho de defensa y el debido proceso, por cuanto el laudo carecía de una adecuada motivación. Al revisar los argumentos, la Sala concluye que al pretenderse que se emita juicio sobre la valoración de los árbitros sobre la correspondencia o adecuada concordancia (o no) entre los Acuerdos de Directorio de la entidad estatal que regularon, entre otros, el procedimiento para el cálculo de las potencias firmes de las empresas integrantes de la entidad estatal (tanto hidroeléctricas como termoeléctricas) así como la valorización de las transferencias de potencia y los respectivos ajustes (en los aportes de las empresas generadoras) consecuencia de los excedentes de energía hasta o por encima del 98% de certeza, con los preceptos contenidos tanto en la Ley de Concesiones Eléctricas como con su Reglamento; se buscaba que la Sala ingrese a valorar el criterio asumido por los árbitros al resolver la controversia, lo que está prohibido en anulación. Razón por la cual se rechaza el recurso.
23	1953-2007	30.04. 2008	Señor X contra señor Y, y la entidad estatal	Infundado	En el caso se cuestionaba la afectación del derecho a probar, integrante del derecho defensa, porque en el arbitraje no se había incorporado cierta prueba (exhibición de constancias de detracción); sin embargo, revisado el laudo se concluye que tal medio probatorio no guardaba relación con lo que se requería para resolver el asunto. Razón por la que se rechaza el recurso de anulación.
24	826-2007	23.05. 2008	Empresa contra entidad estatal	Infundado	En el presente caso se cuestionaba que los árbitros habían decidido sobre materia no sometida a arbitraje y que el tribunal arbitral se había constituido en contravención del acuerdo de las partes. Uno y otro argumento son descartados por cuanto el convenio arbitral revestía una formulación tan general que las cuestiones discutidas en sede de anulación debían y fueron efectivamente valoradas en sede arbitral, en tanto que, vinculado con el segundo argumento, de lo actuado en el expediente se constata que en ningún momento del desarrollo del arbitraje el demandante nunca cuestionó la competencia de los árbitros o su composición; razón por la cual se rechaza el recurso.
25	2273-2007	16.06. 2008	Entidad estatal contra Señor X	Infundado	La entidad estatal alega vulneración de su derecho defensa y de su derecho a la debida motivación del laudo arbitral, para evaluar el RAL, la Sala establece cuáles son los puntos controvertidos y si los mismos han sido resueltos por los árbitros. Se llega a la conclusión de que en efecto todos los puntos controvertidos planteados por las partes han sido resueltos; y que lo que pretende la demandante es una revisión de los criterios que llevaron a los árbitros a decidir la controversia en un sentido determinado, lo que está prohibido en el recurso de anulación, razón por la cual rechazan el recurso.
26	0012-2007	18.06. 2008	Entidad estatal contra	Fundado	La anulación de laudo se declara fundada por cuanto durante el trámite del arbitraje la entidad estatal actuó a través de un representante y no a través de su procurador público, razón por la cual la entidad estatal no ha

			empresa		visto defendido correctamente sus derechos a lo largo del arbitraje, situación que incluso pasó inadvertida por los árbitros.
27	1273-2007	14.07. 2008	Entidad estatal contra empresa	Infundado	<p>En el caso se cuestiona la incompetencia del tribunal arbitral así como la afectación del derecho de defensa de la entidad estatal que demanda la anulación del laudo arbitral. En dicho sentido, en primer lugar se cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral por cuanto no se habría agotado el procedimiento de conciliación previo al arbitraje. Revisada la cláusula que impone dicho requisito, se establece que éste procedimiento sólo era procedente en tanto no se hubiera resuelto el contrato suscrito entre las partes; por lo que dado que a la fecha de iniciado el arbitraje el contrato ya había sido resuelto, no resultaba exigible la conciliación previa. En segundo lugar, se alega la afectación del derecho defensa por cuanto se dio al demandante en el arbitraje un nuevo plazo para presentar su demanda y alegaciones. Revisado el expediente arbitral, se tiene que dicha ampliación de plazo no sólo favoreció al demandante sino también a la entidad pública demandada, ahora demandante en el recurso de anulación de laudo, pues tuvo igual plazo para presentar su contestación de demanda y medios probatorios que a su derecho convenían.</p>
28	533-2007	18.08. 2008	Empresa A contra empresa B	Infundado	<p>Las empresas A y B suscribieron un contrato de suministro de energía. La empresa A fue requerida con una doble facturación por parte de la empresa B y por parte de la empresa C. Esta controversia fue ventilada a nivel administrativo. OSINERG resolvió que la empresa A debía pagar a la empresa B la deuda por suministro de energía. Sin embargo, la empresa B inició un arbitraje para que la empresa A pague la suma adeudada y además los intereses. La empresa B en todo momento cuestionó la competencia de OSINERG para resolver el problema, razón por la cual incluso ha planteado un proceso contencioso administrativo para cuestionar lo resuelto por OSINERG, a pesar de que lo favorece. Por otro lado, la empresa B inició un arbitraje contra la empresa A para que le pague el consumo adeudado y los intereses correspondientes. Este arbitraje fue favorable para la empresa B. Sin embargo, la empresa A cuestiona el arbitraje, mediante la anulación. Primero cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral para resolver la controversia suscitada entre la empresa A y la empresa B. En segundo lugar, que la controversia había sido resuelta ya por OSINERG contra la cual solo cabía el proceso contencioso administrativo. Como tercer argumento sostiene que la relación material del conflicto no es bipartita (empresas A y B) sino tripartita (empresa A y empresas B y C, éstas pretenden que A pague por el suministro de energía, estaríamos frente a un supuesto de doble facturación). La Sala, en opinión dividida, rechaza la anulación al considerar que en primer lugar que las partes (empresas A y B) en el contrato de suministro suscrito pactaron que las controversias serían resueltas por trato directo y en su defecto por arbitraje, por lo que el Tribunal Arbitral sí tenía competencia para resolver el asunto. En segundo lugar, se sostiene que la pretensión hecha valer en el proceso contencioso administrativo es distinta a la formulada en el arbitraje, razón por la cual no existe identidad entre una y otra vía; por otro lado, se hace incapié en que la empresa B en todo momento cuestiona la competencia de OSINERG para resolver la controversia. Finalmente, se señala que la controversia resuelta por el Tribunal Arbitral ha sido la establecida a partir del convenio arbitral contenido en el contrato de suministro suscrito entre las Empresas A y B, por lo que la relación no es tripartita.</p>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABAD YUPANQUI, Samuel

- 2011a “Comentario a la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje - Acciones de Garantía”, en: SOTO COAGUILA, Carlos y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (Coordinadores), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones, pp. 135-149.
- 2011b “El “nuevo” proceso de amparo contra laudos arbitrales. El precedente establecido en el EXP N° 00142-2011-PA/TC”. *Gaceta Constitucional*, número 46, octubre de 2011, pp. 33-40.
- 2009a “La creación jurisprudencial de normas procesales: la ‘autonomía procesal’ de l Tribunal Constitucional”. En: AAVV. *Constitución y Proceso. Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal Constitución y Proceso llevado a cabo en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de setiembre del 2009*. Lima: Ara Editores – PUCP, pp. 17-37.
- 2009b *Amparo y residualidad. Los cambios introducidos y su desarrollo jurisprudencial*. Lima. Gaceta Jurídica.
- 2009c “El proceso de amparo contra laudos arbitrales. El día señalado por el Tribunal Constitucional y la nueva regulación del arbitraje”. Consulta: 22 de setiembre de 2012.
<http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/docs/pdf/PONENCIAS-MESAS/MESA%201/ABAD%20YUPANQUI,%20Samuel%20Bernardo%20Peru_%20-%20El%20Proceso%20de%20Amparo....pdf>
- 2009d “La difícil trayectoria de la medida cautelar en el proceso de amparo peruano. Los cambios recientes”. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores). *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de l derecho (colaboraciones peruanas)*. Lima: IDEMSA, pp. 93-112.
- 2008 *El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica.

1996 “El proceso constitucional de amparo en el Perú: un análisis desde la teoría general del proceso”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, México, año XXIX, número 85, enero-abril 1996, pp. 15-66. Consulta: 15 de noviembre del 2011 <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/85/art/art1.pdf>>

ABERASTURY, Pedro

1999 “Derecho de amparo”. En: A AVV. *La protección constitucional del ciudadano*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer – CIEDLA, pp. 7-42

AFONSO DA SILVA, Virgílio

2005 “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la rivalidad y la centralización judicial”. *Cuestiones Constitucionales*, número 12, enero-junio de 2005, pp. 3-26. Consulta: 27 de mayo de 2012. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/12/ard/ard1.pdf>>

ALEXY, Robert

2003 “Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”. En ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 41-92.

1993 *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALVA NAVARRO, Esteban

2011 *La anulación del Laudo*. Lima: Palestra Editores / Estudio Mario Castillo Freyre

ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y Carolina CANALES CAMA

2010 “El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de la jurisdicción arbitral”. En COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (director). *Panorama actual del arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre / Palestra Editores, pp. 23-44.

ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y Gonzalo MUÑOZ HERNÁNDEZ

2013 “La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales”. AA.VV. *Arbitraje y Constitución*. Lima: Palestra Editores / Estudio Mario Castillo Freyre, 19-44

ANZOLA, J. Eloy y Frédéric ZUMBIEHL

2008 “El Tribunal Supremo de Venezuela riñe con el arbitraje”. Consulta: 03 de mayo de 2013

<http://eanzola.com/images/uploads/44-El_TSJ_ri%C3%B1e_con_el_arbitraje-Final.pdf>

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María

2008 “Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo”. *Justicia y Derecho*, año 1, número 1. Consulta: 23 de abril de 2013.

<<http://www.justiciayderecho.org/revista1/articulos/anamariaarrarte.pdf>>

2007 “De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites a su actuación”. *Ius et Veritas*, número 53, pp. 91-104.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE

s/f *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*. Tomo V. Lima: edición oficial.

ASTUDILLO Reyes, César

2007 “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 8, pp. 41-87. Consulta: 11 de junio de 2012.

<http://www.iidpc.org/revistas/8/pdf/57_103.pdf>

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel

2006 *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.

- 2003 *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.
- 1994 “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 1, octubre de 1994, pp. 51-68.

AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis

- 2011 “Comentario al artículo 62”. SOTO COAGUILA, Carlos y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, pp. 685-690.

BACHOF, Otto.

- 1985[1959] *Jueces y Constitución*. Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez. Madrid: Civitas.

BARONA VILAR, Silvia

- 2007 “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”. En BARONA VILAR, Silvia (directora). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Madrid: Thomson / Civitas, pp. 25-58.

BERNAL PULIDO, Carlos.

- 2009 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- 2007a *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Tercera edición. Madrid: CEPC.
- 2007b “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 30, 273-291. Consulta: 06 de julio de 2012.

<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf>

BOREA ODRÍA, Alberto

1985 *El hábeas corpus y el amparo en el Perú de hoy*, Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.

BOTERO MARINO, Catalina

2009 *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consulta: 21 de marzo de 2013.

<<http://www.ejrlb.net/medios/docs/La%20Accion%20de%20Tutela%20en%20el%20Ordenamiento%20Constitucional%20Colombiano.pdf>>

BRAGUE CAMAZANO, Joaquín

2009 “La acción peruana de inconstitucionalidad”. En *Constitución y Proceso. Libro Homenaje a Juan Vergara Gotelli*. Lima: Jurista Editores, pp. 485-517.

BREWER-CARÍAS, Allan R.

2008 “Ensayo de síntesis comparativa sobre el régimen del amparo en la legislación Latinoamericana”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 9, enero-junio de 2008, pp. 311-321. Consulta: 30 de marzo de 2013.

<http://www.iidpc.org/revistas/9/pdf/325_335.pdf>

2005 *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (garantías judiciales de protección de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Consulta: 18 de noviembre de 2012.

<http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_157895943/Mecanismos%20Nacionales%20de%20Proteccion.pdf?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_157895943%2FMecanismos+Nacionales+de+Proteccion.pdf>

BUITRÓN PIQUÉ, Evelyn

2013 “El proceso de amparo y el arbitraje”. AA.VV. *Arbitraje y Constitución*. Lima: Palestra Editores / Estudio Mario Castillo Freyre, pp.247-272.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

2012 “El control judicial del arbitraje”. AA.VV. *Arbitraje. Ponencias del cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*. Lima: Palestra Editores / Estudio Mario Castillo Freyre, pp. 25-38.

2008a “¿Es un arbitraje un juicio?”. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (director). *El arbitraje en el Perú y el Mundo*. Lima: Ediciones Magna / Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 145-153.

2008b “El arbitraje en el Proyecto de Reforma de la Ley General de Arbitraje”. AA.VV. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Lima: Palestra Editores / Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú / Estudio Mario Castillo Freyre, pp. 363 -387. Consulta: 02 de mayo de 2013.

<http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA%205-4.pdf>

CAIVANO, Roque J.

2011 *Control judicial en el Arbitraje*. Buenos Aires: AbeledoPerrot

2000 *Arbitraje*. Segunda edición. Buenos Aires: Ad Hoc.

CAIRO ROLDÁN, Omar

2011 “El ‘recurso de anulación’ para la protección de los derechos constitucionales. A propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional”. *Gaceta Constitucional*, número 46, octubre de 2011, pp. 41-47.

2008 “El amparo y la tutela de urgencia: instituciones en el Perú y en el derecho comparado”. *Palestra del Tribunal Constitucional*, año 3, número 2, febrero, pp. 127-155.

2004 *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Lima: Palestra Editores.

CAMPOS, Joseph

2005 “La residualidad del proceso constitucional en el nuevo Código Procesal Constitucional. Reflexiones a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos”. En PALOMINO MANCHEGO, José (coordinador). *Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Lima: Grijley, pp. 1229-1257.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando

2007 “Recursos contra el laudo arbitral”. *Ius et Veritas*, número 53, pp. 43-55.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA

1994 *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO

2008 “La nueva Ley de Arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”. *Revista Peruana de Arbitraje*, número 7, pp. 43-84.

CARDOZO DAZA, Richard Eddy

2008 *El proceso de amparo en Bolivia*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Universidad Carlos III. Consulta: 21 de octubre de 2012.

http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/5489/1/tesis_cardozo_daza.pdf

CARPIO MARCOS, Edgar

2006 “Procesos constitucionales y principios procesales” [diapositivas]. Lima: PUCP.

2004a *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra Editores.

2004b “La suplencia de la queja deficiente en el amparo: un análisis comparativo”. En CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Segunda edición. Lima: Jurista Editores, pp. 693-727.

2004c “La acción de cumplimiento”. En CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I I. Segunda edición. Lima: Jurista Editores, pp. 943-987.

CARRERA SILVA, Liliana

2011 “La acción de tutela en Colombia”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año 5, número 27, enero-junio, pp. 72-94 Consulta: 25 de junio de 2012.
<<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n27/v5n27a5.pdf>>

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2011a “Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad”. *Pensamiento Constitucional*, año 15, número 15, pp. 51-83.

2011b “Las relaciones entre las modalidades del amparo y las causales de improcedencia de la demanda constitucional”. *Estado Constitucional*, año 1, número 2, junio de 2011, pp. 257-266.

2007 *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores.

2006a *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo I: Título Preliminar y Disposiciones Generales*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores.

2006b “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, tomo I I, año 12, pp. 879 -901. Consulta: 10 de julio de 2012.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr12.pdf>

2005a “Amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser y no ser”. En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, año 1, número 2, agosto - diciembre, pp. 61-96.

2005b “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”. *Cuestiones Constitucionales*, número 12, enero-junio de 2005, pp. 99 -129. Consulta: 22 de junio de 2012.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/12/ard/ard4.pdf>>

- 2003 “Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 7, pp. 183-195. Consulta: 17 de julio de 2012.
<<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2250/1/AD-7-9.pdf>>

CASTILLO FREYRE, Mario

- 2004 “Orígenes del arbitraje”. Consulta. 20 de octubre de 2012.
<http://www.castillofreyre.com/articulos/origen_del_arbitraje.pdf>

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE

- 2006 *Arbitraje: el juicio privado. La verdadera reforma de la justicia*. Lima: Palestra Editores. Consulta: 20 de octubre del 2011.
<http://www.castillofreyre.com/publi_biblio_voll.htm>

CEPEDA ESPINOZA, Manuel José

- 1999 “La acción de tutela colombiana”. En: A AVV. *La protección constitucional del ciudadano*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer – CIEDLA, pp. 108-183

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

- 1997 “La acción de tutela en Colombia”. *Ius et Praxis*, año 3, número 1, pp. 165 -174. Consulta: 20 de mayo de 2012.
<<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/197/19730115.pdf>>

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO DEL CONGRESO
CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

- 2000 *Debate Constitucional -1993*. Tomo III. Lima: Congreso de la República del Perú.

COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA
CONSTITUYENTE

- s/fa *Diarios de los Debates*. Tomo II. Lima: edición oficial.
s/fb *Diarios de los Debates*. Tomo III. Lima: edición oficial.

CORDÓN MORENO, Faustino

2010 *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Civitas / Thomson Reuters.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1987a *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero del 1987.

1987b *Garantías judiciales en estados de emergencia*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 06 de octubre del 1987

CREMADES, Bernardo M.

2011 “Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral”. En SOTO OAGUILA, Carlos Alberto. *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*. Tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 745-786. Consulta: 23 de abril de 2013.
<<http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf>>

DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo

2013 *El iusresistentiae frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Lima: PUCP. Consulta: 23 de abril de 2013.
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4447/DE_LAMA_LAURA_MANUEL_IUS_OBENDIENCIA.pdf?sequence=1>

DE JESÚS O., Alfredo

2008 “La autonomía de la arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”. Consulta: 03 de mayo de 2013.
<<http://www.adejesus.com/pdfs/DE%20JESUS%20O.,%20Alfredo%20-%20Arbitraje%20Constitucionalizacion%20y%20America%20Latina.pdf>>

DE TRINIDAD ZEPEDA, Carolina

2008 *La oponibilidad de los derechos y libertades fundamentales frente a sujetos particulares, del recurso de amparo contra sujetos particulares*. Tesis de grado para optar el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Consulta: 18 de noviembre de 2012.

<<http://www.iiij.ucr.ac.cr/download/file/fid/157>>

DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo

2011 *Arbitraje. Principios, convenio arbitral y nulidad del laudo arbitral*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier

2003 *La Interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

DIEZ-PICAZO, Luis María

1994 “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, número 40, enero-abril, pp. 9-37.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

2007 “El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano: una opción riesgosa pero imprescindible”. *Pensamiento constitucional*. Lima, año 12, número 12, pp. 221-254.

ESPINOZA ZEVALLOS, Rodolfo José

2008 “Los Principios Procesales Específicos Del Código Procesal Constitucional Peruano (Art. III del TP)”. *Revista Electrónica El Derecho Público Mínimo* (Universidad de Nariño). Consulta: 10 de junio de 2012.

<http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Der_procesal_Rodolfo.pdf>

FAVOREU, Louis Joseph

2001 “La cons titucionalización del de recho”, en: *Revista de Derecho*, Valdivia: Universidad Austral de Chile, volumen 12, nú mero 1, a gosto de 2001, pp. 31 -43.
Consulta: 15 de abril de 2012.

<<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art03.pdf>>

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio

2008 *Los fundamentos del derecho constitucional (Derecho, Estado y Constitución)*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

2007 *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos.

2005 “Aproximación crítica a l as com petencias de l a j urisdicción iberoamericana”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm ero 4, j ulio-diciembre de 2005, pp. 133-155.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

2007 “Del c ontrol pol ítico al c ontrol ju risdiccional. Evolución y a portes a l a jus ticia constitucional en América Latina”. *Pensamiento Constitucional*, año XII, númeo 12, pp. 119-190.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo.

2008a *Derecho Procesal Constitucional. Origen científico (1826-1956)*. Madrid: Marcial Pons.

2008b “¿Es Kelsen el fundador del derecho procesal constitucional? Análisis de un debate contemporáneo”. *Pensamiento Constitucional*, año XIII, número 13, pp. 279-322.

2006 “El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, A nuario 2006, t omo I , p p. 353 -375.
Consulta: 30 de marzo de 2013.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.1/pr/pr18.pdf>

2003 “Aportaciones de H éctor F ix-Zamudio al de recho procesal constitucional”.
HERNÁNDEZ, Antonio María y Diego VALADÉS. *Estudios sobre federalismo*,

justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías. México: UNAM, pp. 71-102. Consulta: 11 de junio de 2012.

<<http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1088/8.pdf>>

2002 *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica.* Santiago de Querétaro: Fundap.

FIX-ZAMUDIO, Héctor

2002 *Introducción al Derecho Procesal Constitucional.* Santiago de Querétaro: Fundap.

1999 “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido de l Derecho Procesal Constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 3, pp. 89-119.

1993a *Ensayos sobre el derecho de amparo.* México: UNAM.

1993b “El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año 26, número 77, mayo-agosto, pp. 461-488. Consulta: 27 de mayo de 2012

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/77/art/art3.pdf>>

1965 “Síntesis de l de recho de amparo”. En AA.VV. *Panorama del derecho mexicano*. Tomo I. México: UNAM, pp. 105-159. Consulta: 02 de abril de 2013.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/590/34.pdf>>

FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo FERRER MAC-GREGOR

2006 “El de recho de am paro en México”. En FIX-ZAMUDIO, Héctor y E duardo FERRER M AC-GREGOR (coordinadores). *El derecho de amparo en el mundo*. México: Porrúa, pp. 461-521.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo

2009 “El nue vo C ódigo P rocesal C onstitucional de l P erú”. E n G arcía B elaúnde, Domingo, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*. Lima: IDEMSA, pp. 235-249

2008 “El Derecho Procesal Constitucional en expansión (crónica de un crecimiento)”. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores). *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-*

- Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo I: Teoría General del Derecho Procesal Constitucional.* México: U NAM / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons, pp. 659-686. Consulta: 11 de junio de 2012.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2555/92.pdf>>
- 2006a “Encuentros y desencuentros en torno al Derecho Procesal Constitucional”. Consulta: 11 de junio de 2012.
<<http://www.garciabelaunde.com/articulos/EncuentrosyDesencuentros.pdf>>
- 2006b “Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional”. Consulta: 10 de junio de 2012.
<<http://www.garciabelaunde.com/articulos/Doscuestionesdisputadas.pdf>>
- 2004a “El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica (aproximación al tema)”. Consulta: 10 de junio de 2012.
<<http://www.garciabelaunde.com/articulos/DerechoProcConstysuconfiguracionJuridica.pdf>>
- 2004b “El Derecho Procesal Constitucional: un concepto problemático”. Consulta: 10 de junio de 2012.
<<http://www.garciabelaunde.com/articulos/DPCConceptoProblematico.pdf>>
- 2003 *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional.* Cuarta edición, Lima: Grijley. Consulta: 11 de junio de 2012.
<<http://www.garciabelaunde.com/biblioteca/delajurisdicion.pdf>>
- GARCÍA ASCENCIOS, Frank
- 2012 *Amparo versus arbitraje. Improcedencia del amparo contra laudos arbitrales.* Arequipa: Editorial Adrus.
- GARCÍA YZAGUIRRE, José Víctor
- 2012 Comentario del 18 de julio a “El efecto irradiador y el efecto recíproco”. *Voz en relieve. Blog de la Revista Advocatus.* Consulta: 30 de abril de 2013.
<<http://www.revistaadvocatus.com/blog/2012/derecho-constitucional/el-efecto-irradiador-y-el-efecto-reciproco#footnote-1>>

GASPAR LERA, Silvia

1998 *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi.

GELSI BIDART, Adolfo

1992 “Enfoque sobre la garantía procesal eficaz de los derechos humanos”. AA.VV. *Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*. México: UNAM, pp. 345-352. Consulta: 20 de marzo de 2013.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/685/16.pdf>>

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco

2011a *Arbitraje*. Tercera edición. México: Porrúa

2011b “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora”.
Consulta: 20 de octubre del 2011.

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

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis

2008 *El control judicial del arbitraje*. Madrid: La Ley.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo

2011 *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. México: Editorial Porrúa.

2006 “El “Neoprocesalismo””. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año VI, número 9, pp. 227-241.

2002 *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo judicial*.
Consulta: 29 de marzo de 2013.

<http://www.alfonsozambrano.com/nueva_doctrina/23102011/ndp-problemas_derecho_procesal.pdf>

GUASP, Jaime

1956 *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona: Bosch.

GUASTINI, Riccardo

2001 *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara/UNAM. Consulta: 15 de abril de 2012.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/22/11.pdf>>

HÄBERLE, Peter

2005 *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano. El recurso constitucional de amparo*. Santiago de Querétaro: Fundap.

2004a “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”. En HÄBERLE, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra Editores / Asociación Peruana de Derecho Constitucional, p.121-134. Consulta: 11 de junio de 2012.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2223/8.pdf>>

2004b “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura de Tribunal Federal Constitucional alemán”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 1, pp. 15 -44. Consulta: 10 de junio de 2012.

<http://www.iidpc.org/revistas/1/pdf/27_56.pdf>

2003 *La Constitución del Estado constitucional*. Segunda edición. Lima: PUCP / UNAM.

HEREDIA MENDOZA, Madeleine

1995 *Naturaleza procesal de la acción de amparo*. Lima: Cultural Cuzco.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén

2006 “El recurso de amparo en Costa Rica”. En FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coordinadores). *El derecho de amparo en el mundo*. México: Porrúa, pp. 257-304.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael

- 1993 “El recurso de nulidad contra laudos arbitrales en el proyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica”. En A.A.VV. *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. México: UNAM, pp. 471-481. Consulta: 20 de abril de 2013.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/27.pdf>>

HUERTA GUERRERO, Luis

- 2011 “El derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales”. *Pensamiento Constitucional*. Año XV, Número 15, pp. 211-241.
- 2005 “Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, tomo I, pp. 385-413. Consulta: 11 de junio de 2012.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/pr/pr20.pdf>
- 2000 “El proceso de amparo en la Región Andina. Análisis Comparado”. En HUERTA GUERRERO, Luis. *Los procesos de amparo y hábeas corpus: un análisis comparado*. Lima: CAJ.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz

- 2011 “Es urgente “arbitralizar” al arbitraje peruano”. *Arbitraje PUCP*, año 3, número 9, pp. 58-67. Consulta: 02 de mayo de 2013
<http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/boletin/pdf/Revista_arbitraje_CARCPUCP.pdf>
- 2008 “El futuro del arbitraje en el Perú”. A.A.VV. *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Lima: Palestra Editores / Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú / Estudio Mario Castillo Freyre, pp. 407-437. Consulta: 02 de mayo de 2013.
<http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA%205-6.pdf>

LANDA ARROYO, César

- 2011 *Derecho Procesal Constitucional*. Cuaderno de Trabajo N° 19. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Consulta: 12 de febrero de 2013.
<<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/CT20.pdf>>

- 2010a “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”. En BAZÁN, Víctor y Claudio NASH. *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, pp. 17-42. Consulta: 23 de marzo de 2013.
<<http://www.mpf.gov.ar/docs/RepositorioB/Ebooks/qf654.pdf>>
- 2010b “El control constitucional de las resoluciones electorales en el Perú”. Consulta: 30 de abril de 2013.
<<http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congreibero/ponencias/cesarlanda.pdf>>
- 2009 “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: Castillo Freyre, Mario (editor). *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre – Palestra, pp. 13-48.
- 2006a *Estudios de derecho procesal constitucional*. México: Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- 2006b “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. En *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*. Lima, año II, número 4, pp. 63-95.
- 2005 “El amparo en el nuevo código procesal constitucional peruano”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, pp. 361-384. Consulta: 15 de noviembre del 2011.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20051/pr/pr19.pdf>>
- 2000 “Justicia constitucional y *politicalquestions*”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 4, 2000, pp. 173-204.

LARA PONTE, Rodolfo

- 1993 “Las libertades públicas y sus garantías en el Estado de derecho”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año 26, número 77, mayo-agosto, pp. 489 - 522. Consulta: 27 de mayo de 2012.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/77/art/art4.pdf>>

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella

2002 “Laudos arbitrales y medios impugnatorios”. *Cuadernos jurisprudenciales*, año 2, número 17, noviembre de 2002.

2010 *Jurisdicción y arbitraje*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.

LEIBLE, Stefan y Matthias LEHMANN

2007 “El arbitraje en Alemania”. En BARONA VILAR, Silvia (directora). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Madrid: Thomson / Civitas, pp. 149-176.

LEÓN VÁSQUEZ, Jorge.

2006 “El Tribunal Constitucional y la configuración de su de derecho procesal”. *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, año II, número 4, pp. 29-61.

LIMBACH, Jutta

2000 “Función y significado del recurso constitucional en Alemania”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 3, julio-diciembre de 2000, pp. 67-89.

LÓPEZ DEL RÍO, Carlos Alberto

2009 “La suplencia de la queja deficiente en el amparo en revisión”. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, número 14, julio-diciembre de 2009, pp. 203 -216.
Consulta: 02 de abril de 2013.

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/14/cle/cle11.pdf>>

LORCA NAVARRETE, Antonio María

2006 “La naturaleza jurídica del arbitraje”. Consulta: 20 de octubre del 2011

<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php>

LOZANO RUIZ, Laura M.

2009 “Tutela contra sentencias y la tercera Corte Constitucional”. *La Corte bajo la lupa*, informe número 1. Bogotá: Observatorio Constitucional de la Universidad de Los Andes. Consulta: 27 de mayo de 2012.

<<http://www.observatorioconstitucional.com/TCS.pdf>>

MANTILLA SERRANO, Fernando

s/f “La autonomía del pacto arbitral”. Consulta: 30 de abril de 2013.

<[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/1/13col-100329-04\(la autonomía del pacto arbitral\)/13col-100329-04\(la autonomía del pacto arbitral\).asp?print=1](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/1/13col-100329-04(la%20autonomia%20del%20pacto%20arbitral)/13col-100329-04(la%20autonomia%20del%20pacto%20arbitral).asp?print=1)>

MARANIELLO, Patricio Alejandro

2011 “El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales”. *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año 5, número 27, enero-junio de 2011, pp. 7-36. Consulta: 30 de abril de 2013.

<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222188002>>

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto

2009 “La anulación de laudo arbitral justificada en errores *in procedendo*”. En: AAVV. *Constitución y Proceso. Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal Constitución y Proceso llevado a cabo en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de setiembre del 2009*. Lima: Ara Editores / PUCP, pp. 309-319.

2004 “Reflexiones sobre el convenio arbitral en el derecho peruano”, en: *Vniversitas*, N° 108, diciembre, pp. 627-645. Consulta: 20 de octubre del 2011.

<<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/825/82510815.pdf>>

2003 “Introducción al derecho de arbitraje peruano” en: *Vniversitas*, N° 106, diciembre, pp. 147-175. Consulta: 20 de octubre del 2011.

<<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/825/82510604.pdf>>

- 2001 “Breves alcances sobre el derecho de arbitraje peruano”. *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción, Chile), Año LXIX, N° 210, julio-diciembre, pp. 71-94 (separata).
- s/f “Asuntos sobre el principio de competencia de la competencia”. Consulta: 30 de abril de 2013
<http://www.arbitraje.comercial.com/BancoConocimiento/P/principio_de_la_competencia_en_materia_arbitral/principio_de_la_competencia_en_materia_arbitral.asp>

MENDOZA ESCALANTE, Mijail

- 2007 “El amparo frente a actos de particulares”. Consulta: 20 de marzo de 2013.
<<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/i/amparo.vs.particulares.pdf>>
- 2006 “La autonomía procesal constitucional”. *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*. Año II, número 4, pp. 97-129.
- 2005 “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *Pensamiento Constitucional*, Año XI, N.º 11, pp. 219-271.

MERINO MERCHÁN, José F.

- 2004 Estatuto y responsabilidad del árbitro. Ley 60/2003, de Arbitraje. Navarra: Thomson / Aranzadi.

MEZGRAVIS, Andrés A.

- 1999 “Recursos contra el laudo arbitral comercial”. En AA.VV. *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 205-272.

MOLINA CABALLERO, M. Jesús

- 2002 *La congruencia en los laudos arbitrales*. Málaga: Universidad de Málaga

MONROY CABRA, Marco

2005 “Concepto de Constitución”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Anuario 2005, Tomo I, pp. 13-42. Consulta: 20 de marzo de 2013.

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/pr/pr3.pdf>>

2002 “La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Anuario 2002, pp. 13-37. Consulta: 20 de marzo de 2013.

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr3.pdf>>

1982 *Arbitraje comercial*. Bogotá: Editorial Temis.

MONROY PALACIOS, Juan

2011 “Arbitraje, jurisdicción y proceso”. Consulta: 15 de noviembre del 2011.

<http://www.estudiomonroy.com/articulos/arb_arbitraje_jimp.htm>

2004 “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada”. En: MONROY PALACIOS, Juan. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra, pp. 23-96.

MONTERO AROCA, Juan.

2006 *Proceso civil y garantía penal. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MORÁN MARIDUEÑA, Ciro Camilo

2009 “Acción extraordinaria de protección respecto de laudos arbitrales y control de constitucionalidad ejercido por los árbitros”. *Revista de Derecho Público*, tomo 2, pp. 347-362. Consulta: 03 de mayo de 2013.

<http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-2/347a362_accion_extraord.pdf>

NAVA GOMAR, Salvador O.

2003 “El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Anuario 2003, pp.13-31. Consulta: 19 de marzo de 2013.

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr3.pdf>>

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto

2009 “El Derecho Procesal Constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina”. *Estudios Constitucionales*, año 7, número 1, pp. 13-58.

2006 “El derecho y acción constitucional de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI”. En FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo FERRER MAC-GREGOR. *El derecho de amparo en el mundo: México: UNAM / Porrúa / Konrad Adenauer Stiftung*, pp. 159-211.

OSUNA PATIÑO, Néstor

2010 “Panorama de la justicia constitucional colombiana”. En BOGDANDY, Armin Von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coordinadores). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un iusconstitucional commune en América Latina?* Tomo I. México: UNAM / Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, pp. 623 -643. Consulta: 24 de abril de 2013.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/25.pdf>>

OSUNA PATIÑO, Néstor y Juan Carlos UPEGUI MEJÍA

2008 “El régimen de procedencia de la acción de tutela colombiana”. Consulta: 21 de octubre de 2012.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2561/25.pdf>>

PALACIOS PAREJA, Enrique

2009 “Reflexiones sobre arbitraje y constitución”. En: AAVV. *Constitución y Proceso. Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal Constitución y Proceso llevado a cabo en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de setiembre del 2009*. Lima: Ara Editores / PUCP, pp. 245-256.

PALMA ENCALADA, Leny

2005 “El proceso de hábeas data y de cumplimiento en el diseño del Código Procesal Constitucional”. *Derecho y Cambio Social*, año II, número 3. Consulta: 11 de junio de 2012.

<<http://www.derechocambiosocial.com/revista003/garantias.htm>>

PERALES VISCASILLAS, Pilar

2005 *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*. Navarra: Thomson-Aranzadi.

PÉREZ TREMPES, Pablo

2006 *Los procesos constitucionales. La experiencia española*. Lima: Palestra Editores.

PIZA ROCAFORT, Rodolfo E.

1998 “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. El amparo contra particulares como instrumento procesal para la defensa de esos derechos (la experiencia costarricense)”. Consulta: 18 de noviembre de 2012.

<http://issuu.com/rodolfoepizarocafort/docs/_amparo_c.particulares.libro_homj.fixz_am>

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander

2010 “La teoría de la argumentación y decisión jurídica”. *Gaceta Constitucional*, número 27, marzo de 2010, pp. 247-255.

PRATS, Eduardo Jorge

2010 “La efectividad y la eficacia como principios rectores de las tutelas jurisdiccional y administrativa de los derechos fundamentales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 13, enero-junio de 2010, pp. 163-177. Consulta: 23 de marzo de 2013.

<http://www.iidpc.org/revistas/13/pdf/179_193.pdf>

PRIORI POSADA, Giovanni

2003 “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. *Ius et Veritas*, año 13, número 26, pp. 273-292.

PUGLIANINI GUERRA, Luis

2012 *La relación partes-árbitro*. Lima: Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre.

REGGIARDO SAAVEDRA, Mario

2009 “La anulación de laudo arbitral por afectación a la tutela jurisdiccional efectiva”. En AA.VV. AA.VV. *Constitución y Proceso. Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal Constitución y Proceso llevado a cabo en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de setiembre de 2009*. Lima: Ara Editores / PUCP, pp. 321-337

RIVERA SANTIBÁÑEZ, José Antonio

2006 “El amparo constitucional en Bolivia”. En FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo FERRER MAC-GREGOR. *El derecho de amparo en el mundo*: México: UNAM / Porrúa / Konrad Adenauer Stiftung, pp. 81-122.

REY CANTOR, Ernesto

1998 “Supremacía Constitucional”. En AA.VV. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, pp. 773-789.

ROCA MARTÍNEZ, José María

1992 *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J. M. Bosch.

RODRÍGUEZ – PATRÓN, Patricia.

2003 *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson – Civitas, Madrid.

RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger

2005 “Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional peruano”. *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, año 1, número 2, agosto-diciembre de 2005, pp. 97-136.

ROEL ALVA, Luis

2010 “El principio de elasticidad en los procesos constitucionales: concepto, alcances y límites a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Tesis para optar el título de Abogado. Lima: PUCP. Consulta: 10 de junio de 2012.

<<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/889>>

RUBIO CORREA, Marcial

2009 *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Décima edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

RUBIO GUERRERO, Roger

2010 “El principio *Competence-Competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. *Lima Arbitration*, número 4, 2010/2011, pp. 101-118. Consulta: 02 de mayo de 2013.

<http://www.limaarbitration.net/LAR4/Roger_Rubio_Guerrero.pdf>

2007 “Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus pe ligrosas distorsiones”. *Themis. Revista de Derecho*, número 53, pp. 7-27.

RUBIO LLORENTE, Francisco

2006 “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de derecho”. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, número 4 (dedicado a la Rebelión de las Leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional), pp. 203-233. Consulta: 20 de marzo de 2013.

<<http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Francisco%20Rubio%20Llorente.pdf>>

- 1998a “La jurisdicción constitucional en España”. En Rubio Llorente, Francisco y Javier Jiménez Campo. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, pp. 1-29.
- 1998b “El recurso de amparo”. En Rubio Llorente, Francisco y Javier Jiménez Campo. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, pp. 31-61.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

- 1994 “Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos Aires, tomo 1994-D, pp. 1151-1160.
- 1991 “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”. *Revista de Estudios Políticos*. Nueva época, número 74, octubre-diciembre, pp. 471-495.

SÁENZ DÁVALOS, Luis

- 2008 “El amparo contra amparo en la jurisprudencia constitucional peruana”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 8, enero-junio, pp. 237-286. Consulta: 23 de marzo de 2013.
<http://www.iidpc.org/revistas/9/pdf/251_300.pdf>
- 2004 “Los procesos constitucionales como mecanismos de protección frente a resoluciones judiciales arbitrarias”. En CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Lima: Jurista Editores, pp. 729-755.

SALINAS CRUZ, Sofia Liliana

- 2012 “Vías previas en el proceso de amparo. Criterios jurisprudenciales sobre su configuración y agotamiento”. En SOSASACIO, Juan Manuel (coordinador). *La procedencia del proceso de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 87-113.

SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María

- 2010 *La dimensión objetiva de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales*. Tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho. Lima: PUCP. Consulta: 20 de marzo de 2013.

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1237/SALOME_RESURRECCION_LILIANA_DIMENSION_OBJETIVA.pdf?sequence=1>

PRIETO SANCHÍS, Luis

2004 “El constitucionalismo de los derechos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, número 71, mayo-agosto de 2004, pp. 47-72.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge

2011 “¿No más amparos contra laudo? A propósito del último precedente vinculante del Tribunal Constitucional en materia arbitral”. *Gaceta Constitucional*, número 46, octubre de 2011, pp. 21-32.

2009 “La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú”. En AA.VV. *Constitución y Proceso. Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal Constitución y Proceso llevado a cabo en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de setiembre del 2009*. Lima: Ara Editores / Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 199-243.

2008 “Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (Decreto Legislativo N° 1071)”. *Revista Peruana de Arbitraje*, número 7, pp. 85-118.

SBDAR, Claudia Beatriz

2003 *Amparo de derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

SERRANO HOYO, Gregorio

1992 “Formalismo y tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), número 10, pp. 119-168. Consulta: 30 de marzo de 2013.

<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119296>>

SOSA SACIO, Juan Manuel

2012 “Tutela del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo”. En SOSA SACIO, Juan Manuel

- (coordinador). *La procedencia en el proceso de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 7-39.
- 2009 “Precisiones sobre el proceso de cumplimiento”. *Diálogo con la jurisprudencia*, año 14, número 131, agosto de 2009, pp. 43-53.
- 2008 “Contenido constitucionalmente protegido y sustento constitucional directo de los derechos protegidos a través de los procesos constitucionales”. *Gaceta Constitucional*, número 12, diciembre de 2008, pp. 17-

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto

- 2009 “Arbitraje comercial internacional en el Perú: marco legal y jurisprudencial”. En: CONEJERO ROOS, Cristian; HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio; MACCHIA, Valeria y Carlos Alberto SOTO COAGUILA (coordinadores). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. Bogotá: Legis, pp. 603-640.
- 2003 “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos”. *Vniversitas*, número 106, pp. 519-562. Consulta: 20 de setiembre de 2012.
<http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/16Soto.pdf>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- 2008 *Principios constitucionales que rigen el juicio de amparo*. México: Suprema corte de Justicia de la Nación.

TOLÉ MARTÍNEZ, Julián

- 2006 “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”. *Cuestiones Constitucionales*, número 15, julio – diciembre de 2006, pp. 253 -316. Consulta: 17 de julio de 2012.
<<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>>

TUESTA SILVA, Wilder

2010 *La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia*. Tesis para optar el título de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal. Lima: Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 20 de febrero de 2013.

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1291/TUESTA_SILVA_WILDER_RACIONALIDAD_FUNCIONAL.pdf?sequence=1

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda

2010 “Comprensión del principio competencia-competencia y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, número 15, pp. 181-196. Consulta: 30 de abril de 2013.

<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n15/art06.pdf>

VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo

2009 “La Constitución peruana y la teoría jurisdiccional del arbitraje”. En: CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra, pp. 51-58

VEGA SOYER, Jorge y Augusto PEREYRA ZAPLANA

2010 “¿Resultan procedentes las acciones de amparo contra los laudos arbitrales?”. COLLANTEZ GOÑAZALEZ, Jorge Luis (coordinador). *Panorama Actual del Arbitraje*. Lima: Palestra Editores / Estudio Mario Castillo Freyre, pp. 227-245.

VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo

2012 “Desenredando el artículo 5.2 de 1 Código Procesal Constitucional ¿Cuándo debe despertar el amparo? SOSA SACIO, Juan Manuel (coordinador). *La procedencia en el proceso de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 41-86.

VELÁSQUEZ RIVERA, Carolina

2010 *Los laudos arbitrales frente a la acción extraordinaria de protección*. Tesis de grado presentada como requisito para obtener el título de Abogada. Quito: Universidad San Francisco de Quito. Consulta: 04 de mayo de 2013.
<<http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/912/1/96301.pdf>>

VIGO, Rodolfo Luis

2008 “Constitucionalización y ne oconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo VI. Interpretación constitucional y Jurisdicción electoral*. México: Porrúa / UNAM / Marcial Pons / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, pp. 403-451. Consulta: 20 de mayo de 2012.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/21.pdf>>

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

2008 “El convenio arbitral y las normas de procedimiento”. AA.VV. *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Lima: Palestra Editores / Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú / Estudio Mario Castillo Freyre, pp. 155-165. Consulta: 02 de mayo de 2013.
<http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA-4-7.pdf>

VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel; CATA CORA, Cecilia y Gisella DOMECCO

2008 “El control constitucional jurisdiccional en Iberoamérica: ¿es la etapa que sigue al recurso de anulación de un laudo en un proceso arbitral?”. AA.VV. *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Lima: Palestra Editores / Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú / Estudio Mario Castillo Freyre, pp. 319-360. Consulta: 03 de mayo de 2013.
<http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA%205-3.pdf>

WONG ABAD, Julio Martín

2013 *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial*. Lima: Jurista Editores.

ZAGREBELSKY, Gustavo

2009 *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

2008 *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción de Manuel Martínez Neyra. Madrid: Trotta.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco

2008 “Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las “Cuestiones Políticas””. *Ius et Praxis*. Talca: Universidad de Talca, volumen 14, número 2, 2008, pp. 271-307. Consulta: 20 de mayo de 2012.

<<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art08.pdf>>